

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POST GRADO

La Filiación en la reproducción humana asistida

AUTOR

Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán

TESIS

**para optar el grado académico de
Doctor en Derecho y Ciencia Política**

Lima – Perú

2011

*A la memoria de mis
padres.*

INDICE

CAPITULO I

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS	
1.1 TÍTULO	11
1.2 GENERALIDADES	11
1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
A. Problema General	14
B. Problema Específico	14
1.4 OBJETIVOS.....	14
A. Objetivo General	14
B. Objetivos Específicos.....	14
1.5 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	16
1.6 DELIMITACIÓN	17
1.7 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	18
A. Generales	18
B. Específicas	19
1.8 VARIABLES	20
1.9 SELECCIÓN DEL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	22
1.10 ANTECEDENTES	22
A. Antecedentes del Problema	22
1.11 METODOLOGÍA	23
A. Método	23

CAPITULO II

2. LA PROCREACIÓN ASISTIDA: LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> HUMANA	
2.1 ANTECEDENTES	25
2.2 CONCEPTO	29
2.3 CAUSAS QUE ORIGINAN EL SOMETIMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	31
2.4 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	35
A. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA.....	35
B. PROCEDIMIENTO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA.....	37
2.5 CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA.....	39
A. INSEMINACIÓN HOMÓLOGA. (Inseminación artificial conyugal).....	39
B. INSEMINACIÓN HETERÓLOGA	40
a. CONSIDERACIONES DE ORDEN ÉTICO QUE PRESENTA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	42
2.6 FECUNDACIÓN " <i>IN VITRO</i> ".....	45
A. CONCEPTO DE FECUNDACIÓN " <i>IN VITRO</i> ".....	45

2.7 CLASES DE FECUNDACIÓN " <i>In Vitro</i> ".....	46
FECUNDACIÓN " <i>IN VITRO</i> " HOMÓLOGA.....	46
FECUNDACIÓN " <i>IN VITRO</i> " HETERÓLOGA.....	46
a. Los "Donantes" de Gametos.....	47
b. La Maternidad Biológica.....	47
c. Los Cónyuges o Convivientes.....	48
d. El Niño	49
2.8 VARIACIONES DE LA FECUNDACIÓN " <i>In Vitro</i> ".....	49

CAPITULO III

3. LA FAMILIA EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN	
3.1 BASES CONCEPTUALES DE FAMILIA PARENTESCO Y FILIACIÓN.....	53
3.2 LA FAMILIA Y EL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL.....	56
3.2.1 LA FAMILIA	56
3.2.2 EL PARENTESCO.....	57
3.2.2.1. LAS FORMAS DE PARENTESCO.....	57
3.3. LA FILIACIÓN.....	59
3 3.1. CLASES DE FILIACIÓN.....	59
A) LA FILIACIÓN POR NATURALEZA.....	59
a.- La presunción pater is es quem nuptiae demonstrant.....	59
b.- Tratamiento jurídico de la presunción pater es en la moderna legislación civil comparada respecto de las TERAS (Brasil, Cataluña).....	61
c.- La declaración judicial extramatrimonial paterna.....	63
d.- la declaración judicial de maternidad extramatrimonial.....	66
B) LA FILIACIÓN ADOPTIVA.....	68
C) LA FILIACIÓN CIVIL COMO UN TERCER GÉNERO	69

CAPITULO IV

4. LA FILIACION A TRAVÉS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	
4.1 LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA Y LA FILIACIÓN DEL NUEVO SER	71
A.- La inseminación artificial homóloga con el consentimiento del marido.....	73
B.- La inseminación artificial homóloga sin consentimiento del marido.	75
C.- Filiación de los nacidos a través de la técnica de inseminación artificial homóloga en pareja estable no casada.....	76
• España	
• Italia	
• Francia	
• México	
• Argentina	
4.2 LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O REPRODUCCIÓN IN VITRO HETEROLOGA Y LA FILIACIÓN DEL NUEVO SER.....	78
A.- Caso en que el marido otorga su consentimiento para la realización de la inseminación artificial heteróloga con componente genético (gametos masculinos) de un tercero llamado "donante"	81
B.- Caso en que el marido no haya otorgado su consentimiento.....	84
• La filiación del menor, el derecho a	

su intimidad y del o la donante.....	88
• La intimidad del menor procreado aplicando las TERAS...	90
• La intimidad del donador de gametos.....	91
• La filiación del menor el derecho a su identidad y del o la donante.....	91
• Maternidad subrogada.....	95
- Concepto.....	96
- Clases de Maternidad Subrogada.....	97
- Formas que puede presentar la Maternidad Subrogada.	98
- Problemas Jurídicos que plantea la maternidad subroga en relación al nuevo ser.....	101
- La primera casación sobre Reproducción Humana Asistida, caso de Inseminación Artificial y Ovodonación....	101
- Incidencia de los contratos de maternidad subrogada o asistida.....	105
- Validez jurídica del contrato de maternidad subrogada o asistida.....	106
4.3.- DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS DE UN CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O ASISTIDA....	109
4.3.1.- FALTA DE CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES Y LA FILIACIÓN DEL NUEVO SER.....	110
4.4.- EL SOMETIMIENTO A LA TERAS POR LA MUJER SOLA Y LA FILIACIÓN DEL NUEVO SER.....	114
4.5.- LA FILIACIÓN EN EL TRANSEXUALISMO.....	120
4.6.- SOBRE LA RECTIFICACIÓN JUDICIAL DE SEXO EN EL PERÚ.....	125
4.7.- LA FILIACIÓN DEL NACIDO POR INSEMINACIÓN POST MORTEM.....	130

CAPITULO V

5. LEGISLACION PERUANA PROPUESTA

5.1.- BASES PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE FILIACIÓN A TRAVÉS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (FILIACIÓN CIVIL).....	144
5.1.1.- LA LLAMADA FILIACIÓN CIVIL COMO UN TERCER GENERO.....	149
5.1.2.- LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FUENTE Y PRINCIPIO DE LA FILIACIÓN CIVIL.....	152
5.1.2.1.- EL PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD O FAVOR AFFECTIONIS (COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL).....	155
5.1.2.2 EL PRINCIPIO DEL ANONIMATO DEL DONANTE..	157
- Intimidad del Donador de Gametos.....	157
- España.....	158
- México.....	159
5.1.2.3 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA COMO FUNDA- MENTO DE LA VOLUNTAD PRO CREACIONAL.....	159
5.1.2.3.1. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA Y LA DIGNIDAD HUMANA COMO MODELOS BIOETICOS.....	162
5.1.2.4. EL PRINCIPIO DE LA AFECTIVIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA VOLUNTAD PRO	

CREACIONAL Y QUE INSPIRA EL DERECHO DE FAMILIA.....	163
5.1.2.4.1. EL AMOR COMO PRINCIPIO IMPLÍCITO EN LAS RELACIONES FAMILIARES Y EN LA PROCREACIÓN ASISTIDA.....	166
5.1.2.4.2. LA FAMILIA COMO “SOCIEDAD SOBERANA” Y LA JURICIDAD INMANENTE DEL AMOR DENTRO DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA.....	167
5.2.- LA VOLUNTAD PROCREACIONAL ES UNA FICCIÓN DEL VINCULO BIOLÓGICO.....	168
5.2.1.- POSIBILIDAD DE REVOCAR LA FILIACIÓN CIVIL CON TRATO SIMILAR A LA ADOPCIÓN.....	169
5.3.- EL PRINCIPIO DE LA AFECTIVIDAD Y EL AMOR COMO REALIDAD Y FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN CIVIL DE UN DERECHO DE FAMILIA ACTUALIZADO.....	170
5.4.- EL PROYECTO DE LEY DE ENMIENDAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	172
A) Estudio y revisión del código civil.....	172
B) La propuesta de reforma del código civil del congreso constituyente.....	175
C) El código de los niños y adolescentes (D.Ley N° 27337).....	176
D) Propuesta Integral de Reforma al libro de Familia.....	178
o España	
o Alemania	
o Italia	
o Francia	
o México	
o Argentina	
o Colombia	
E) Ley 25/2010, de 29 de Julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.....	197
F) Síntesis de la propuesta.....	201

ANTEPROYECTO DE LEY QUE REGULE LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	204
CONCLUSIONES.....	213
PROPUESTAS.....	225
BIBLIOGRAFÍA.....	227
ANEXOS.....	236

INTRODUCCIÓN

La filiación en la reproducción humana asistida, que es materia de tesis es uno de los puntos de mayor repercusión conforme a la nueva realidad científica que se presenta en el derecho de familia como consecuencia del vertiginoso avance científico y tecnológico, experimentado en los últimos años y en especial en relación a la procreación asistida. El presente tema referido a la filiación en la reproducción humana asistida, hasta ahora conocida y que propiamente es enseñada por la doctrina moderna como filiación civil, comporta una tercera clase de filiación, entendiéndose ésta como una nueva clase de filiación además de la filiación consanguínea y la adoptiva; basada esta nueva clase de filiación fundamentalmente en la voluntad y la responsabilidad procreacional de quienes han de recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida.

Advirtiéndose de ello que la dinámica del derecho de familia presenta una nueva realidad científica referente a la filiación, y toda vez que el derecho como ciencia y creación social no es inmutable ni amovible, sino temporal, pues no es estático; es variable y dinámico puesto que debe adecuarse a los cambios (sociales, culturales, políticos, económicos y científicos) de allí la exigencia que las normas jurídicas sean revisadas periódicamente previo un vivenciamiento axiológico a fin de adecuarlas a las cambiantes situaciones de la realidad social y del vertiginoso avance científico, teniendo como sustento los valores éticos y jurídicos a fin de contar con una legislación remozada y actual; sin embargo a través del transcurso del tiempo nos damos cuenta que al Derecho no corre al mismo paso de la ciencia, es por eso que se puede persuadir que algunas de las normas vigentes en nuestra legislación civil suelen ser discordantes con nuestra realidad, puesto que los cambios y el desarrollo fluyen sobre la vida del hombre en forma acelerada deviniendo los cuerpos legales en obsoletos, sino son adecuados a los cambios que se producen en la experiencia jurídica.

En atención a ésta realidad inocultable, ésta tesis centra su atención en tratar de establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación civil en torno a la nueva clase de Filiación surgida en la Reproducción Humana Asistida (Inseminación Artificial Humana y Fecundación *in vitro*), hasta ahora conocidas, filiación que la doctrina moderna nos la enseña propiamente como filiación civil; para ello nos hemos propuesto establecer al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deben realizar en nuestra normatividad civil vigente, porque a más de veintiseis años de vigencia de nuestra norma civil sustantiva vigente, han quedado algunos artículos en desuso encontrándose vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente de las del tema propuesto.

Sin lugar a dudas, el incontenible avance científico experimentado en las ciencias bio-médicas y específicamente el desarrollo biotecnológico alcanzado hoy en día; trastocan los principios jurídicos tradicionales en materia de Derecho de las Personas, Derecho de Familia y Derechos de Sucesiones, sobre las cuales se edifica parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente, razón por la cual éste debe ser remozado y actualizado a la luz meridiana de las instancias éticas, jurídicas y morales a fin de contar con un ordenamiento jurídico acorde a nuestra realidad social cambiante, fruto de los logros alcanzados en las ciencias señaladas, tanto más cuanto el Derecho es realidad y a decir de nuestro maestro sanmarquino el Dr. Carlos Fernández Sessarego (mentor de la teoría tridimensional del derecho en nuestro medio) es la "interacción activa y dinámica entre el hecho, valor y norma".

La filiación civil que es el nombre con el que se le conoce en la doctrina moderna a la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida consideramos que hoy en día es un tema importante y trascendental especialmente desde el aspecto humano y jurídico a fin de determinarse la filiación del nuevo ser, como consecuencia de la aplicación de las TERAS, frente a la imposibilidad de muchas parejas que por algunas deficiencias o

anomalías orgánicas no pueden concebir de modo natural, teniéndose presente que la común intención del varón y la mujer como pareja, generalmente expresan su deseo de ser padres. Resulta importante también el tema elegido por los problemas, interrogantes y consecuencias jurídicas que conllevan y se plantean en la legislación civil nacional en torno a la llamada filiación civil, esto es como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Siendo intrincados y complejos los problemas que conllevan y plantea el desarrollo tecnológico, los mismos que afectan cuestiones de orden ético y jurídico, se hace imperativo abordar este problema enfatizando la tutela jurídica y la protección prioritaria de la persona humana desde el momento de la concepción tratando en lo posible que no se desnaturalicen los “principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y la familia”.

La presente tesis consta de 5 capítulos: En el primero de ellos abordamos los aspectos metodológicos de la presente investigación, tales como la definición, justificación del problema, la formulación de las hipótesis, los objetivos, la enunciación de los antecedentes y demás aspectos.

En el segundo capítulo de manera sumaria exponemos los antecedentes de la procreación asistida, estableciéndose su definición genérica, las causas que originan el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida, luego se define con toda amplitud tanto la inseminación artificial humana homóloga como heteróloga determinándose sus clases y/o variaciones como las consideraciones de orden ético que presentan, analizándose también el fenómeno del inicio de la vida humana y el comienzo de la persona.

En el Tercer Capítulo tratamos lo referente a la familia, el parentesco y la filiación que son propiamente temas del derecho de familia, que hoy en día como consecuencia del vertiginoso avance científico y tecnológico se ha visto innovado en su concepto clásico o tradicional. En este capítulo

abordamos temas referentes al concepto moderno de los que es la familia, el parentesco y sus formas, la filiación y sus clases, considerando como fuentes de la filiación biológica o natural y la filiación formal, y dentro de esta última además de la filiación adoptiva la llamada filiación civil como un tercer genero.

En el Capítulo Cuarto tratamos el tema central de este trabajo que es la filiación en la reproducción humana asistida, que es lo que la doctrina moderna lo conoce con el nombre de filiación civil para ello hacemos la exposición dogmatica de las técnicas de reproducción humana asistida tendiente a la configuración sistemática de la doctrina de la filiación civil. Abordamos la inseminación artificial homologa, in vitro heterologa, y la filiación del nuevo ser. Así mismo se trata de la maternidad subrogada, la determinación de la filiación de los nacidos de un contrato de maternidad subrogada o asistida, la falta del consentimiento de uno de los cónyuges, el sometimiento a las TERAS por mujer sola y la filiación del nuevo ser. Como la filiación del nacido por fecundación post mortem.

Finalmente en el Capítulo Quinto esta dedicado al aspecto legislativo nacional comentando la vigente y hacemos las propuestas de modificación de la legislación nacional especialmente de nuestro Código Civil comparando y armonizando ambos ordenamientos jurídicos para con estos aportes llegar a a la sistematización doctrinaria y normativa de la filiación civil con la reproducción humana asistida. Para tal efecto hemos elaborado un Anteproyecto de Ley que Regularía la Filiación en la Reproducción Humana Asistida. Por cuanto consideramos con el carácter de urgencia la promulgación de una ley que regule la llamada filiación civil, dejando a criterio del Legislador, por razón de técnica legislativa, bien lo promulgue como ley o lo incorpore como un título o sección que regule esta nueva clase de filiación en el libro III del derecho de familia del Código Civil.

Lima, Noviembre de 2011

ROLANDO HUMBERTO CANESSA VILCAHUAMÁN.

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 TÍTULO: LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

1.2 GENERALIDADES:

La reproducción humana asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad y propiamente son métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona.

Las Técnicas de Reproducción Humana Artificial (TERAS) se clasifican en Inseminación Artificial (I. A.) pudiendo ésta ser homóloga o heteróloga cuando el material genético (semen) pertenece al marido, (existiendo vínculo matrimonial) o cuando el semen no es del marido, o el gameto femenino no es de la cónyuge, sino de un tercero o cedente y la Fecundación Extracorpórea denominada también Fecundación In Vitro, puede ser homóloga o heteróloga (según como se lleve a cabo dentro de matrimonio o fuera de él), la cual presenta diversas variaciones como la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y la transferencia intratubárica de embriones.

El avance científico que se viene experimentado de manera vertiginosa en la Biología, Genética, Ingeniería Genética y específicamente el avance científico logrado en el campo de Inseminación Artificial Humana y la Fecundación “In Vitro”, conlleva y plantea dramáticas interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica. Uno de los temas relevantes al respecto es el de la filiación en la reproducción humana asistida, de ahí la necesidad de un estudio y debate serio, profundo y amplio sobre la temática en mención a la luz de las instancias jurídicas, morales, éticas, sociales y culturales a fin de forjar una adecuada normatividad, jurídica acorde a nuestra realidad socio-cultural y al avance científico.

1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El derecho es la interacción activa y dinámica entre el hecho valor y norma (tres realidades; fáctica, axiológica y normativa). Para que ello ocurra es necesario e imprescindible que el derecho como ciencia y creación social debe adecuarse a los cambios (sociales, económicos, políticos y científicos, pues, el derecho no es inmutable ni amovible, sino temporal y dinámico). De allí que se haga necesaria la exigencia que las normas jurídicas sean revisadas y actualizadas periódicamente a fin de adecuarlas a las cambiantes situaciones de la realidad social y del vertiginoso avance científico, experimentado muy especialmente en el ámbito de la procreática; sustentado sobre los valores éticos y jurídicos a fin de contar con una legislación remozada y actual.

Sin embargo podemos persuadir y darnos cuenta que entre el vertiginoso avance científico y el derecho se produce un asincronismo a través del transcurso del tiempo, pues el derecho no corre al mismo paso de la ciencia, pudiendo persuadirse que algunas de las normas jurídicas vigentes en nuestro código civil sustantivo suelen ser discordantes con nuestra realidad y en otros casos la falta de regulación jurídica adecuada de la aplicación de las TERAS en nuestro país viene ocasionando vacíos legales; puesto que los cambios en el desarrollo de la procreática como consecuencia del vertiginoso avance científico fluyen sobre la vida del ser humano en forma acelerada deviniendo los cuerpos legales en desfasados u obsoletos sino son adecuados a los cambios que se producen en la experiencia jurídica.

Debido a esta situación muy peculiar y sui generis que se da en nuestro país Perú nos avocamos a tratar de establecer y dilucidar a profundidad y amplitud la filiación de los seres humanos nacidos a consecuencia de la aplicación de las Técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) como núcleo problemático que se plantea en nuestra legislación civil derivada de la aplicación o uso de las diversas modalidades de TERAS en seres humanos, estableciendo al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deban realizar en nuestra normatividad vigente porque a los mas de 26 años de vigencia de nuestro Código Civil Vigente han quedado algunos artículos en desuso, encontrándose vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas del uso del avance científico en la vida cotidiana y específicamente en las del tema propuesto.

Tanto más cuanto, modernamente a decir del Dr. Enrique Varsi Rospigliosi; “se habla de la filiación civil, contraría a la filiación por naturaleza, siendo su fundamento la voluntad procreacional de los participantes el deseo de ser padres (SIC). De este modo, se crea un tercer género aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva: la llamada filiación civil”¹

A. Problema General

¿En qué medida las Técnicas de Reproducción Humana Asistida afectan los principios tradicionales de Derecho Civil Peruano?.

B. Problema Específico

¿Hasta que punto la Filiación a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe ser legislada?

1.4 OBJETIVOS

A. OBJETIVOS GENERALES

Determinar la Filiación (status fili) de los nacidos como consecuencia de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestra legislación sustantiva.

B. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Lograr determinar los alcances de la Filiación de los nacidos por aplicación de la Inseminación Artificial Humana, homóloga y heteróloga.
- Lograr determinar los alcances de la Filiación de los nacidos por aplicación de la Fecundación in vitro homóloga y heteróloga.

¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Revista Jurídica del Perú”, Primera Edición N° 93, Normas Legales, Gaceta Jurídica S.A. 2008

- Lograr determinar los alcances de la Filiación de los nacidos por aplicación de otras técnicas de reproducción Humana Asistida distintas a la Inseminación Artificial Humana y Fecundación in vitro (homólogas y heterólogas).
- Lograr determinar la filiación en el transexualismo.
- Lograr determinar los efectos legales de la rectificación registral (vía judicial) de sexo y nombre de la persona transexual respecto de las relaciones paterno filiales anteriores y posteriores a dicha rectificación.
- Conocer la situación jurídica en que se encuentran las personas que utilizan las Técnicas de la Inseminación Artificial y Fecundación in vitro en nuestro país
- Determinar los problemas normativos en la que se encuentra inmerso nuestro actual Código Civil ante dichas prácticas.

Establecer o delinear criterios de normatividad en estos asuntos.

- Establecer propuestas de la Filiación a través d las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, para sintetizar nuevas soluciones adecuadas, razonables a partir de la ratio iuris de los principios antiguos del Derecho Tradicional.
- Lograr conocer la situación jurídica en torno a la Filiación en que se encuentran las personas que utilizaron las Técnicas de Inseminación artificial y fecundación in vitro en nuestro país.

1.5 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El tema elegido es de trascendental importancia, especialmente desde el aspecto humano, ético y jurídico; debido a que propende establecer o determinar la filiación de los nacidos a través de la Aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Técnicas que son de aplicación recurrente hoy en día por miembros de nuestra sociedad y a la que muchas parejas recurren frente a la imposibilidad de poder concebir de modo natural, sea esta por deficiencias o anomalías orgánicas, teniendo presente que la común intención del varón y la mujer como pareja, generalmente expresan su deseo de ser padres. Resulta también interesante e importante el tema elegido por los problemas, interrogantes y consecuencias jurídicas que conllevan y se plantean en la legislación civil nacional en torno a la ahora llamada filiación civil como resultado de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

Tanto más, cuando actualmente no contamos con una Teoría del Derecho Genético, una ley especial en materia de procreación asistida, ni mucho menos una sección en nuestro Código Civil que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida; considerando imperativo y con carácter de urgencia esta última que se regula jurídicamente a la luz de las instancias éticas, científicas y sociales y se incorpore, como una sección que regule la filiación a través de las TERAS al libro III del Código Civil Peruano.

Siendo intrincados y complejos los problemas que conllevan y plantean el desarrollo tecnológico, las mismas que afectan cuestiones de orden ético y jurídico, se hace imperativo abordar este problema enfatizando la tutela jurídica y la protección de la persona humana desde el momento de la concepción tratando en lo posible que no se desnaturalicen los “principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y la familia”

1.6 DELIMITACIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida conocida como TERAS, propiamente a decir de Enrique Varsi Rospigliosi “son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia.”² En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palian los efectos de esterilidad.

Si bien es cierto que las TERAS tiene una larga historia por ser el método mas antiguo para combatir la esterilidad, sin embargo, la aplicación de las TERAS es una realidad vigente recurrente y novedosa actualmente.

² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Derecho Genético Principios Generales”, Editora Normas Legales S.A., Trujillo-Perú 1995, pág.62.

Deviene en vertiginoso el avance científico experimentado en la genética, ingeniería genética, la biología y específicamente la aplicación de las TERAS, conlleva y plantea dramáticas interrogantes y problemas desde la perspectiva jurídica, ética, moral y social. Siendo precisamente uno de los problemas jurídicos que plantea la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida de trascendencia e importancia el que se refiere a la filiación a través de la aplicación de dichas técnicas. De allí que esta exija la necesidad de un amplio estudio y debate serio y profundo sobre la temática en referencia a fin de abordar a una adecuada normatividad jurídica, a la luz de las instancias éticas y sociales acorde a nuestra realidad socio cultural y el avance científico.

1.7 FORMULACION DE HIPÓTESIS

La filiación en la reproducción humana asistida es el nombre de la tesis. Metodológicamente considero que las hipótesis deben ser concretas y no muy numerosas, estas constituyen la esencia de la tesis por que son posiciones que el investigador plantea a priori y que debe ser comprobadas con el resultado de la investigación a posteriori.

A. GENERALES

- a. La filiación en la reproducción humana asistida, tanto en la paternidad como en la maternidad tiene su fundamento en la voluntad procreacional de los participantes, primando los conceptos sociológicos y culturales, es decir, la paternidad y la maternidad corresponden a aquellos que la desearon; asumirla responsablemente.

- b. La aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida trastoca el concepto de la filiación tradicional, ocasionando problemas jurídicos en torno a la filiación, de los nacidos por reproducción humana asistida, la misma que debe ser regulada adecuadamente por nuestra legislación civil sustantiva la que debe adecuarse y actualizarse acorde al avance científico y a nuestra realidad social.
- c. La disociación entre la reproducción humana por copulación sexual y la reproducción humana asistida trastrueca valores y creencias tradicionales en torno a la filiación de los nacidos por estas practicas implica modificaciones en el Derecho Civil, específicamente en Derecho de Familia.
- d. El derecho debe cautelar la integridad de la familia antes que los fines de la ciencia, evitando su atomización y artificialización, pues la familia de raíz biológica constituye un verdadero bien jurídico tutelado.

B. ESPECIFICAS

- a. Las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida acorde al avance científico implican su regulación jurídica. Existe la necesidad de puntualizar aspectos sobre filiación de los nacidos por Reproducción Humana Asistida que deben ser legisladas.
- b. Los cambios dentro de la sociedad peruana acontecidos con ayuda de la ciencia, deben ser regulados jurídicamente.
- c. Adecuar la normatividad vigente frente a los problemas surgidos como consecuencia de la evolución de las ciencias.

- d. ¿Qué es conveniente incluir y que no en nuestra legislación civil sobre la Filiación en la Reproducción Humana Asistida y sobre que presupuestos?
- e. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son utilizadas en nuestro país como alternativas de solución al carácter procreador.

1.8 VARIABLES

Se consideran como variables de estudio:

- **Variable Independiente:** Reproducción Humana Asistida, además de ésta se considerarán las siguientes variables de estudio:

- | | |
|------------------------|-------------------------------------|
| - Inseminación | - Transexualismo |
| - Fecundación | - Identidad sexual |
| - Artificial | - Cambio de sexo |
| - "In vitro" | Sexo: |
| - Homóloga | - Cromosomático o genético |
| - Esterilidad | - Cromatínico, citológico o nuclear |
| - Fecundación | - Genital o genotipo |
| - Ovonodación | - Hormonal |
| - Gameto | - Cerebral |
| - Maternidad subrogada | - Psicológico |
| - Heteróloga | - Sociológico |
| - Embrión | - Anagráfico o medio legal |
| - ADN | - Biogenético |

- **Variable Dependiente:** La Filiación. Teniendo en consideración que la variable independiente y sobre la

base de que ésta mantiene una relación explicativa con la variable dependiente (Filiación Civil), en atención a esta variable se considerarán las siguientes variables de estudio:

- Voluntad procreacional
- Autonomía
- Consentimiento
- Capacidad
- Parentesco
- Filiación
- Familia
- Intencionalidad
- Afectividad

Por constituir estas las variables que presentan cambios o efectos como consecuencia de la acción de las variables independientes. Y a fin de poder ser más explícitos para poder dilucidar y diferenciar la técnica de reproducción humana asistida de la filiación civil, complementaremos con el uso de las variables de estudio denominadas Variables de control indirecto o asignadas de tipo organísmico:

- Inteligencia
- Capacidad
- Sexo
- Edad
- Nivel cultural
- Identidad sexual
- Estado civil

1.9 SELECCIÓN DEL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En este rubro nos referimos fundamentalmente a los diversos procedimientos de investigación empírica. Hemos seleccionado como diseño de investigación los siguientes: Investigación causal explicativa, aplicada, comparativa- causal y la de análisis de contenido.

1.10 ANTECEDENTES

A. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Ya desde siglos pasados se venían realizando diversas investigaciones sobre la práctica de la inseminación artificial en animales; es así que en el año 1332 un jeque árabe fecundó a yeguas, también cabe anotar el caso de Gregory Goodwin Picus, notable zoólogo británico, que en el año 1930 logró la activación artificial de un óvulo fecundado de una coneja.

En el siglo XVII Malpighi y Biffiena realizan experiencias en gusanos de seda, y en el siglo XVIII Jacobi Welthein logran la fecundación artificial de huevos y peces.

En 1961 se mantiene vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la iglesia; 1972 sobreviven crías de embriones de ratones congelados; en 1973 nace el primer becerro congelado, en 1975 se logra la multiplicación por clones en conejos. En 1978 nace la primera bebé probeta, Louise Brown en Gran Bretaña, en 1981 nace la segunda bebé probeta Amandine en Australia. En 1983 nace el primer bebé producto del espermatozoide del esposo y el óvulo del donante, en 1984 nace el primer bebé de un embrión

congelado Zoe en Australia, en 1986 una madre subrogada se niega a entrega al hijo que gestó.

En la actualidad la utilización de ésta práctica científica no ofrece mayores problemas, aplicándose en la mayoría de países, sin embargo existen poca jurisprudencia y estudios de carácter doctrinario circunscrita a nuestra realidad social y específicamente al tema de nuestra investigación.

1.11 METODOLOGÍA

Se debe indicar el camino a seguir para lograr la demostración de la hipótesis formulada.

A. Método

En el desarrollo de la tesis se utilizará el método analítico, pues separaremos el objeto de investigación en sus partes integrantes con el propósito de descubrir los elementos esenciales que lo conforman, las síntesis con la cual integraremos los elementos o nexos esenciales de este problema, con el objetivo de fijar las cualidades del problema.

A partir del estudio de causas mediante el método de la Inducción se determinará las generalidades de las causas y efectos de los Problemas Jurídicos que se plantea en nuestra Legislación Civil derivadas de las Técnicas de Procreación Humana Asistida. Igualmente mediante el método de la Deducción se estudiará las propuestas de normatividad como los principios existentes entorno al tema de investigación propuesta.

Cumplo con indicar que los métodos deductivo e inductivo van a armonizar tan disímiles circunstancias contribuyendo a orientar

la actividad de la investigación dada su correspondencia recíproca sumamente estrecha **interrelacionándose y complementándose**, según las características del objeto o problema de estudio toda vez que dentro de la doctrina todos los métodos se coordinan permitiéndonos dichos procedimientos a través del método analítico, realizar el análisis de los datos e información acopiadas y procesadas dentro de la interpretación global con los procedimientos de integración doctrinaria y normativa para llegar a la sistematización doctrinaria y normativa de la filiación civil en la reproducción humana asistida.

CAPITULO II

2. LA PROCREACIÓN ASISTIDA: LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* HUMANA

2.1 ANTECEDENTES:

Desde los albores de la naturaleza, siempre la reproducción y, por ende, la fertilidad fueron temas que inquietaron al hombre en todas las civilizaciones, esto porque la procreación es un proceso ligado a la naturaleza³ y porque el hombre es probablemente el único ser con conciencia de poseer una existencia que se inicia en un momento determinado y que está irremediablemente limitada por la muerte, entonces tiene conciencia de que su única posibilidad de proyectarse mas allá de su propia realidad, es a través de la reproducción⁴.

Como precisa el Dr. Juan Espinoza “ Partimos de la premisa de que el Derecho tiene que regular objetivamente la realidad humana y si bien desde tiempos inmemorables, el hombre a procreado a otros de su misma especie, ahora va “producir” artificialmente, vida humana.

³ Boza Dibos nos dice al respecto: “La supervivencia de nuestra especie sobre la faz de la tierra está íntimamente ligada a la procreación de nuevas generaciones. En este sentido la reproducción de la especie humana es vital todo orden social. No sólo satisface la necesidad socio-cultural de perpetuar la especie sino también necesidades biológicas y psicológicas del individuo: su instinto natural de subsistencia”.

BOZA DIBOS, Beatriz. “**Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la ‘reproducción humana asistida’**”. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1991, N° 45, p. 72.

⁴ Desde una perspectiva distinta Chadwick, citado por Chofre, nos dice que las prácticas ligadas a las tecnologías de la reproducción asistida constituyen “la última expresión de la vieja tentativa de obtener el control sobre la reproducción, tradicionalmente preservado a la mujer”. COFRE SIRVENT, Jorge. “**Reproducción asistida y Constitución**”. En: Teoría y Realidad Constitucional. UNED. México: 2001, N° 7, p. 344.

Hacemos hincapié en que se utilizan “procedimientos artificiales” y no elementos artificiales, pues lo que se busca es la conjunción del espermatozoide masculino con el ovulo femenino de una manera distinta al acto sexual generador...(sic). “El fin y la ratio essendi de la inseminación y la fecundación artificial es la realización del proyecto vital de la maternidad o paternidad frustrados ...”⁵

Pero a diferencia del resto de los seres vivientes, el hombre puede controlar, con un gran porcentaje de efectividad (merced a los avances de técnicas anticonceptivas), cuándo tener un hijo o determinar el sexo del mismo⁶. Sin embargo, ese procedimiento, ligado indefectiblemente a la naturaleza, no está sometido exclusivamente a la libertad humana. Cuando la naturaleza no lo permite, la ciencia médica deberá recurrir

⁵ ESPINOZA EZPINOZA JUAN, “Estudios de Derecho de las Personas” Segunda Edición, Editorial Huallaga E.I.R.L. Lima-Perú 1996, pp. 78-79.

⁶ Con los métodos de inseminación artificial no sólo se abrió una puerta para miles de parejas que no podían conseguir un embarazo por sufrir problemas de infertilidad, sino también se abrió una segunda puerta a otras terapias que van de la mano, como es el diagnóstico preimplantacional de embriones, la donación -ya sea reproductiva o terapéutica-, y la selección del sexo del futuro bebe. La selección del sexo en las técnicas de reproducción asistida pueden ser de dos formas: La primera consiste en la selección de espermatozoides por espectrometría de flujo, esto es la filtración del semen, a través de columnas de albúmina o sephadex, para separar los espermatozoides portadores del cromosoma Y de los cromosomas X. Así se logra una mayor concentración del esperma seleccionado y posteriormente se insemina a la mujer el día de su ovulación. El porcentaje de éxito es del 86% del cromosoma X y en el 67% para el cromosoma Y. En la actualidad ésta técnica se ha ido mejorando cambiando la espectrometría por una citometría de flujo, dónde se hace circular el semen por una cámara donde se logra identificar a través de un láser los espermatozoides que contienen el cromosoma X, ya que es mucho mayor que el Y. El éxito con ésta técnica ha aumentado alcanzando un 94% para el cromosoma X y un 81 % para el cromosoma Y.

La segunda técnica consiste en el Diagnóstico de Preimplantación, esto es una vez fecundado el óvulo por el esperma se le extrae una célula totipotencial, a ésta se le analiza genéticamente y se conoce al 100% el sexo, en el caso de que el embrión sea sano y tenga el sexo seleccionado se transfiere al cuerpo de la mujer para su posible embarazo, La eficacia es completa ya que no hay duda de su sexo. Sin embargo para muchos como Egozcúe, "la selección de sexo por diagnóstico de preimplantación no difiere del aborto más que en el tiempo y en el estadio de desarrollo"

Al respecto a nivel europeo, en la selección del sexo, encontramos la Convención para la protección de los Derechos del hombre y de la dignidad del ser humano ante las aplicaciones de la biología y de la medicina, aprobada por el Comité de ministros del Consejo de Europa en abril de 1997, que prohíbe la selección del sexo a través de técnicas médicas, y únicamente se acepta cuando tenga por objeto evitar enfermedades genéticas ligadas al sexo como es el caso de la hemofilia.

DOBERNIG GAGO, Mariana. "La selección de sexo: una alternativa de las técnicas de reproducción asistida". En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 2003, N° 33, p. 398.

brindando asistencia o alternativas artificiales para vencer la esterilidad y permitir así el ejercicio de la libertad de procrear.

Así, desde mediados del siglo pasado se han sucedido en la ciencia una serie de avances con consecuencias espectaculares en el campo de la genética y de la biología molecular que despertaron un renovado interés por tales cuestiones.

Las primeras experiencias de inseminación artificial en seres humanos y ya en la Edad Media se atribuye a Arnaud de Villeneuve médico de Papas y Reyes, que realizó la primera inseminación artificial con el espermatozoide de Enrique IV de Castilla y la cónyuge de éste.

Sin embargo informaciones más exactas remontan la primera inseminación artificial humana a la realizada por el médico Hunter en 1799 sobre una pareja estéril cuyo esposo sufría una deformación en la uretra, realizándose pocos años después la primera inseminación con donante.

El método de la inseminación artificial como técnica de reproducción se fue desarrollando en el campo animal desde mediados del siglo XIX aplicándose a ovejas, vacas y yeguas; desarrollándose totalmente a finales de dicho siglo con el patólogo ruso Elie Ivanoff, sirviendo de técnica que se aplica todavía en la actualidad.

Sherman en 1953 en los Estados Unidos logró los primeros embarazos humanos con semen congelado, desde entonces se considera el avance científico en el campo médico - biológico como vertiginoso - posibilitando la reproducción humana asistida.

Respecto a la fecundación *in vitro* también denominada Fecundación Extrauterina, artificial, extracorpórea o en laboratorio, podemos afirmar que es una técnica por medio de la cual se provoca fuera del cuerpo de la mujer, el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión, el que será implantado en el útero de la mujer o en el de una tercera persona.

Se atribuye a Merkin y Rock ser los primeros que utilizaron este método para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978, se produjo el nacimiento de Louise Joy Brown en el *Oldham Hospital*, ubicado cerca de Manchester, Inglaterra, convirtiéndose en la primer bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años, tenía obstruidas las trompas de falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado "*in vitro*" con espermatozoide de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento⁷.

Con el nacimiento de Louise Joy Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad que dio lugar a que otras parejas, que se encontraban en la misma situación que los Brown, quisieran someterse a este procedimiento. Las fecundaciones "*in vitro*" continuaron realizándose y el jurista se encuentra hoy frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

⁷ En un ámbito geográfico más cercano a nosotros podemos apuntar que, en Argentina, el primer nacimiento mediante la técnica de fecundación *in vitro* tuvo lugar en 1986. PIÑA, Roxana Gabriela. "Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año 1, N° 2, p. 251.

2.2 CONCEPTO

Las técnicas de reproducción humana asistida –conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA– a decir de Varsi Rospigliosi “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”⁸.

Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad⁹.

Entre aquellas técnicas, de acuerdo a lo que explica Noriega Hoces¹⁰, tenemos a las siguientes:

a.- Relaciones sexuales dirigidas.-

Se basa en corregir desórdenes coitales de la pareja, dirigiendo su actividad sexual reproductiva a los días ovulatorios y así poder coincidir la aproximación de ambos gametos.

Para lo anterior se realizan ecografías seriadas para indicar el día exacto de ovulación y sugerir la realización del coito para obtener el fin deseado.

⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho Genético. Principios Generales**. Editora Normas Legales. Trujillo: 1995, p. 62.

⁹ Esto en tanto según la Organización Mundial de la Salud, el término "salud" connota un bienestar corporal, anímico y social, y la esterilidad es la incapacidad para concebir y puede intentar corregirse médicamente por procedimientos terapéuticos, sean quirúrgicos o no. La esterilidad agobia considerablemente el ánimo de las parejas que la padecen con consecuencias psicológicas y sociales de importancia. La medicina debe abordarla como un proceso patológico, como una disfunción que requiere un tratamiento, sea éste curativo o sustitutivo, con la finalidad de lograr descendencia y restablecer el equilibrio personal y social de la pareja.

¹⁰ Noriega Hoces, Luis. “**Fertilización Asistida. Una esperanza de vida**”. En: SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Editorial San Marcos. Lima: 1998, p. 103.

b. Inseminaciones artificiales.-

La inseminación artificial se define como el depósito de forma no natural de espermatozoides en el tracto reproductivo de la mujer, con el fin de conseguir una gestación.

Se plantea como terapia previa a otras TRA y la posibilidad de gestación está determinada por una indicación adecuada y son precisas dos condiciones: un semen adecuado para este tipo de terapia y una anatomía pélvica que garantice la integridad de las trompas uterinas.

Para esta técnica se pueden elegir la utilización de semen de la pareja (homólogo) o semen donado (heterólogo) y además éstos pueden ser frescos (semen tomado en el día de la utilización) o semen congelado (criopreservado) el que se realiza como factor protector de las alteraciones que pueden causar los tratamientos de cáncer (quimioterapia o radioterapia) por ejemplo.

c. Transferencia tubárica de gametos.-

Esta TRA llamada simplemente GIFT por sus siglas del inglés está siendo cada vez más relegada dado que propugna la colocación de los gametos en las trompas, por lo que se debe asumir que éstas no están afectadas. Pero a la par de este simple hecho, implica que la paciente debe ser sometida a laparoscopia (método por el cual se introduce un instrumento óptico dentro de la cavidad abdominal para la visualización interna por una herida mínima) para poder dejar estos gametos en la trompa requerida, además de todos los pasos previos inherentes a la preparación de la mujer y el varón que son los mismos para la fertilización *in vitro*, como veremos seguidamente.

d. Fertilización *in vitro*.-

Los doctores Edwards y Steptoe fueron los primeros en descubrir la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) y transferencia de embriones (TE), y el subsiguiente nacimiento de una niña normal, Louise Joy Brown, el 25 de julio de 1978¹¹. Desde entonces, la tasa de éxitos de esta técnica ha sido mejorada mediante el uso de fármacos destinados a mejorar la fertilidad, que proporciona más óvulos y por lo tanto más embriones, aumentando así, la posibilidad estadística de un embarazo. Como resultado de la continua investigación internacional se afirma que desde 1978 habrían nacido más de 200,000 niños¹².

El establecimiento de altas tasas de éxito en los pasos críticos del procedimiento (recogida de óvulos, fecundación y la capacidad del embrión de quedarse en la cavidad del útero o implantación) significa que la FIV y la TE son ahora un método práctico para el tratamiento de ciertos tipos de infertilidad.

2.3 CAUSAS QUE ORIGINAN EL SOMETIMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Los crecientes problemas de esterilidad que afectan al hombre tornan cada vez más imperiosa la intervención médica en la reproducción humana¹³. En muchas ocasiones las técnicas de

¹¹ Como se sabe, ésta niña nació en el *Oldham Hospital* ubicado cerca de Manchester, Inglaterra; convirtiéndose en la primera bebé probeta del mundo. Su madre Lesley Brown, una inglesa de 32 años de edad tenía obstruidas las trompas de Falopio, por lo que los médicos le extrajeron un óvulo maduro que fue fecundado *in vitro* con esperma de su esposo. Posteriormente el óvulo fue implantado en el útero de la Dra. Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento.

¹² Tal afirmación es realizada por Cárdenas Quirós, Carlos. "**Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú**". En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1998, N° 17, p. 196.

Otra cifra nos da cuenta que entre 1989 y 1995 nacieron en Chile 622 niños como resultados de procedimientos de reproducción asistida, incluyendo técnicas de donación de gametos.

¹³ Las técnicas de reproducción asistida se han perfeccionado a lo largo de las décadas de los 80 y 90 del siglo XX con una finalidad clara y específica: combatir la esterilidad humana. Los avances científicos en esta materia pretendieron, por tanto, ofrecer remedios eficaces contra las enfermedades o disfunciones reproductivas de los seres humanos.

reproducción asistida representan la única solución para los casos en los que la naturaleza por sí sola no alcanza¹⁴.

Ya en 1985 las autoridades canadienses estimaban que entre un 15 % y 20% de las parejas de ese país eran infértiles¹⁵. Similar cifra nos ofrece Wagner Grau quien nos dice que en el mundo alrededor del 20% de las parejas son infértiles¹⁶. Mientras que de las 60.2 millones de mujeres en edad reproductiva que en 1995 existían en los EE.UU., 9.3 millones hicieron uso de algún tipo de servicio médico relacionado con el tratamiento de la infertilidad¹⁷. Por nuestra parte, de acuerdo a las cifras ofrecidas por el Centro de Fertilidad Procrear, “un millón 200 mil mujeres peruanas padecen de infertilidad por diversas causas”.¹⁸

La causa fundamental que origina que las parejas recurran a las técnicas de reproducción humana asistida es la infertilidad a fin de poder tener descendencia en su común y noble propósito de procrear, cuando otras técnicas terapéuticas resulten inadecuadas o ineficaces.

Al respecto es necesario precisar que la infertilidad propiamente es conocida también con el nombre de esterilidad relativa. Precisando que se entiende por: la esterilidad a la

PASCUCCI DE PONTE, Enrico. “**Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida**”. En: SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Universidad Alfonso X El Sabio. España: 2003, Volumen 1, p. 1.

¹⁴ De acuerdo a las investigaciones realizadas al respecto los químicos, la radiación, las hormonas en los alimentos, el stress, la difusión de las enfermedades de transmisión sexual, los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos, la tendencia actual a retrasar el primer embarazo, etcétera; son las razones por el creciente aumento de la esterilidad masculina.

¹⁵ BOZA DIBOS, *op. cit.*, p. 76.

¹⁶ WAGNER GRAU, Patrick. “**Técnicas de reproducción asistida: Aspecto médicos, éticos y deontológicos**”. En: Bioética y Biojurídica. La unidad de la vida. Ediciones Jurídicas UNIFE. Lima: 2002, p. 100. 97-115.

¹⁷ Cifras indicadas por MOMBERG URIBE, Rodrigo. “**El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la jurisprudencia y doctrina de los EE. UU.**”. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, N° 2, p. 199.

¹⁸ CENTRO DE FERTILIDAD PROCREAR. “**Infertilidad afecta a más de un millón de peruanas**”, disponible en http://www.procrear.com.pe/articulos_1.php

incapacidad de una pareja para lograr un embarazo luego de un año de búsqueda sin medidas contraceptivas. Mientras que la infertilidad es aquel problema en el que las parejas conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad¹⁹. Entonces, mientras la esterilidad, masculina y femenina, significa la imposibilidad definitiva de concebir naturalmente por causa de una anomalía en la estructura o en la función de los órganos genitales²⁰; la infertilidad no implica necesariamente la existencia de anomalías o procesos irreversibles (esterilidad relativa).

Son diversas las hipótesis que se presentan al respecto como las causas que originan los problemas de fecundación, siendo las más frecuentes las siguientes:

- 1) Cuando sea imposible mantener relaciones sexuales con normalidad.
 - a) Por impotencia en el hombre la cual puede ser *coeundi* o *generandi*, en el primer caso nos referimos a la imposibilidad para realizar el coito sexual o unión carnal por incapacidad de erección del miembro viril. La doctrina la denomina "impotencia absoluta" y sus causas pueden ser: la agnesia peneana, malformaciones congénitas del pene, la denominada impotencia orgánica (parapléjicos), lesiones graves en el pene, etc. a nivel local; dentro de las de orden patológico se consideran las intoxicaciones graves como la drogadicción y la toxicomanía en algunos casos amén del alcoholismo crónico y otras formas como la denominada ahora impotencia psíquica entre otras. El segundo caso

¹⁹ Así fertilización es el proceso por el cual el óvulo femenino es fecundado por un espermatozoide masculino, fusionándose así el pronúcleo masculino y femenino en una nueva unidad, con información genética propia.

²⁰ Hay que tener en cuenta que los actuales aportes científicos y tecnológicos en el campo de las TERAS han hecho perder a la palabra esterilidad su significado radical y desconsolador.

(impotencia *generandi*) es la imposibilidad de procrear o fecundar pero teniendo el individuo la capacidad de realizar el coito o unión sexual, la doctrina la denomina "esterilidad", y sus causas pueden ser la hipospermia, oligospermia (falta de espermatozoides de número suficiente) entre otras.

- b) Cuando el hombre adolezca de eyaculación precoz o cuando tenga déficit de espermatozoides.
 - c) Cuando la mujer adolezca de vaginismo o la vagina adolezca de una malformación.
-
- 2) Cuando la mujer presenta acidez vaginal que no favorece a la ascensión de los espermatozoides.
 - 3) Cuando la mujer sufre de anovulación, que es la ausencia de ovulación, esto puede ser consecuencia de varias causas como la hiperprolactinemia²¹, déficit de estradiol, enfermedad poliquística del ovario, anorexia²² o bulimia, entre otras).
 - 4) Infertilidad femenina por causa tubárica, esto se produce cuando existe una obstrucción (física o funcional) en las trompas de Falopio²³.
 - 5) Infertilidad femenina por endometriosis²⁴.

²¹ La hiperprolactinemia es la causa más frecuente de anovulación. Consiste en la secreción inadecuada de prolactina. La prolactina es una hormona que, en condiciones normales aparece después del parto y facilita la lactancia, sin embargo también está relacionada con el estrés o con ciertos aspectos de la modulación de la conducta.

²² El peso corporal al límite, como ocurre en la anorexia, es también una causa de anovulación. En esta situación, tanto como en casos de obesidad importante (por ejemplo consecuencia de la bulimia), la primera recomendación es recuperar el rango de peso ideal. Posteriormente puede iniciarse la inducción farmacológica de la ovulación y, si no es eficaz, la reproducción asistida.

²³ La trompa de Falopio es una estructura muy delicada y por este motivo puede sufrir lesiones de sus estructuras o funcionalidad, tanto por infecciones o inflamaciones antiguas de la pelvis, apendicitis, como después de ciertos casos de cirugía abdominal.

²⁴ Se trata de una enfermedad en la que aparece tejido endometrial fuera del útero, generalmente en el peritoneo de la pelvis, en las trompas de Falopio o en los ovarios. Por diversos motivos se altera entonces la normal funcionalidad del aparato reproductor femenino y no se consigue la concepción. Se sabe poco acerca de esta patología, ya que no siempre induce esterilidad, pero es responsable del 40 % de los casos que se diagnostican. Clínicamente suele producir dismenorrea (reglas dolorosas).

La endometriosis mínima (enfermedad asintomática, que corresponde a su grado menor) es un hallazgo frecuente en clínica de la esterilidad, su frecuencia se incrementa todavía más con la edad, de forma que el índice de diagnósticos es superior al 50% en mujeres infértiles de 35 años.

6) Esterilidad o infertilidad idiomática femenina²⁵.

En las hipótesis mencionadas las técnicas de reproducción humana asistida ayudan a la pareja en su noble propósito de tener descendencia actuando con un carácter terapéutico, remediándose así la esterilidad. Debemos precisar que en tales supuestos el componente genético a utilizarse proviene de la propia pareja. Pero qué pasa en los siguientes casos:

1. Esterilidad irreversible como la inmunológica.
2. Azoospermia (ausencia total y definitiva de espermatozoides)
3. Radiaciones o intervenciones quirúrgicas que ocasionen esterilidad total y definitiva.
4. Factor RH incompatible, entre otros.

En estos casos no queda sino la alternativa de recurrir a la denominada IAD (Inseminación Artificial Heteróloga) con material genético o semen de un tercero (donante) fresco o congelado, manteniéndose el anonimato de la donación.

2.4 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

A. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA

Rodríguez Cadilla Ponce nos dice:

"Por la inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el

²⁵ Recibe este nombre cuando no se puede conocer, con los medios disponibles, la causa de la esterilidad. Se denomina así la esterilidad para la cual no se encuentra ninguna causa responsable, ya que todos los análisis y pruebas son normales. Aparece entre el 10 y el 15 % de los casos. En estas ocasiones se habían empleado anteriormente y con éxito variable, varios tipos de tratamiento, generalmente induciendo estimulación de la ovulación, solos o en combinación con inseminación artificial.

La fertilización in vitro ha permitido actualmente solucionar eficazmente estos casos, sobretodo evitando los embarazos múltiples que, en ocasiones, se producían al utilizar los inductores de la ovulación sin el control apropiado. La respuesta suele ser rápida al tratamiento mediante fertilización asistida

organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación"²⁶.

Herrera del Collado precisa que en la inseminación artificial:

“...la intervención del hombre no hace artificiales los fenómenos derivantes del encuentro de los dos gametos, ni determina directamente el encuentro. Se limita a favorecerlo con medios anteriores, diversos de los naturales, poniendo los espermatozoides en vía para que lleguen por los órganos femeninos al encuentro del óvulo”²⁷.

Es menester precisar que la inseminación artificial humana no cura la esterilidad de la pareja por lo que no es una terapia, pues ésta la sería solo desde la perspectiva psicológica más no desde la perspectiva física en cuyo caso sólo se constituye como un paliativo de sus efectos.

La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con al menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causantes de esterilidad.

La inseminación artificial humana interconyugal (con componente genético del marido y de la cónyuge) merece aprobación desde el punto de vista ético, moral y religioso, en consecuencia existe consenso en no ser reprobado. Es así que inclusive diversos países regulan jurídicamente esta

²⁶ RODRIGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario. **Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú**. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 23.

²⁷ HERRERA DEL COLLAO, T. **La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal**. Universidad de Granada, Monografías de Derecho Penal. España: 1991, p. 7.

técnica de reproducción, los Códigos de Familia de Bolivia (1972) y Costa Rica (1973) contemplan ciertos dispositivos legales que regulan jurídicamente dicha práctica a diferencia del Perú que no prevé o cuenta con norma jurídica que regule éstas prácticas, viéndonos obligados a recurrir a la legislación positiva vigente (genérica) –a excepción de una única norma de la Ley General de Salud²⁸— y a los principios generales del derecho para suplir la deficiencia o vacío de la ley en ésta materia en una suerte de solución de *lege data*.

En consecuencia podemos conceptualizar la inseminación artificial humana como la técnica de reproducción asistida que consiste en inocular artificialmente el semen en la vagina o útero de la mujer a fin de llevarse a cabo la concepción sin mediar cópula sexual generadora normal lográndose así superar la esterilidad de la pareja o mujer sola.²⁹

Sosteniendo que el concepto de inseminación artificial precisa de tres elementos concomitantes, concurrentes y determinantes que son:

1. Que se realice sin mediar acto sexual generador normal.
2. Que de tal práctica se logre la procreación de un ser humano.
3. Que se recurra a un método especial como técnica de reproducción complementariamente.

B. PROCEDIMIENTO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA

Primero se procede a una estimulación ovárica, para incrementar el porcentaje de éxito se recomienda aumentar la

²⁸ LEY GENERAL DE SALUD. Ley N° 26842 (publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20-07-1997)

²⁹ Dependiendo del sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal o intratubaria.

cantidad de ovocitos en el tracto genital femenino estimulando los ovarios con una inyección de la hormona Gonadotropina Coriónica Humana (hCG). Luego se realiza un seguimiento folicular que indicará el momento de la ovulación y el día óptimo para la inseminación.

El seguimiento de la estimulación se realiza mediante ecografía y cuantificación de los niveles hormonales en sangre. A través de la ecografía se determina el número y tamaño de los folículos y el grosor del endometrio, lo que orienta a si está preparado para la implantación.

El procedimiento es distinto en las clases de inseminación artificial –que a continuación se tratan–. Así en la inseminación homóloga, la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que se va a realizar la inseminación. Se recomienda a la pareja una abstinencia sexual en los 3 días previos con el objeto de maximizar la calidad de la muestra seminal en número y calidad de espermatozoides. La técnica de capacitación espermática se selecciona según la calidad de la muestra de semen. Tiene una duración hasta de 2 horas y debe iniciarse a los 30 minutos después de obtenida la muestra.

Mientras que en la inseminación heteróloga se utiliza semen congelado de banco, y se indica cuando el varón de la pareja no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria. Además se utiliza en casos de mujeres sin pareja que quieren tener hijos. En los bancos de semen, el semen del donante se recoge y se almacena durante 6 meses antes de su utilización para confirmar la negatividad de las pruebas serológicas (Hepatitis B, Hepatitis C, VIH, Sífilis).

Cuando la muestra está lista para la inseminación se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cervix (igual que en una exploración vaginal de rutina) y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si el caso lo amerita, se puede depositar también semen capacitado en el interior del cervix (inseminación intracervical).

Luego de catorce días se realiza un test de embarazo para verificar el éxito de la operación.

Las posibilidades de embarazo que ofrece una y otra técnica son del 15 % de embarazos por ciclo para la Inseminación Homóloga y del 20-22% embarazos por ciclo para la Inseminación Heteróloga.

2.5 CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA

A. INSEMINACIÓN HOMÓLOGA. (Inseminación artificial conyugal [IAC])-

Es una de las variantes que presenta las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cuanto al origen de los gametos y propiamente consiste en la fertilización de los cónyuges o conviviente (con una relación *more uxorio*) con semen del marido o conviviente respectivamente.

Esta técnica de reproducción asistida es unánimemente admitida por los juristas, por los sectores médicos y éticos que confluyen en la materia³⁰.

³⁰ En este sentido Moctezuma Barragán nos dice: “Así, tenemos que la inseminación homóloga, es decir, aquella que se efectúa con el espermatozoides del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún

En la IAC el material genético se circunscribe al ámbito de la pareja matrimonial o convivencial, por lo que respecto del hijo por nacer habrá "un indiscutido nexo biológico entre el marido de la madre y el nacido".

A decir de Biscaro Beatriz³¹:

Dado el avance vertiginoso de la ciencia en la IAC, hoy en día es factible vislumbrar diversos problemas jurídicos en el ámbito del Derecho Civil como es el caso de la inseminación *post mortem* realizada con semen del marido o conviviente previamente crioconservado. Debatiéndose si el nuevo ser debe ser considerado como hijo matrimonial, extramatrimonial o de padre desconocido, si del fallecido debe o no tener la condición de heredero o hasta cuando es factible y permitido la IAC *post mortem*: Claro está que "genéticamente" será hijo del marido o conviviente pre-muerto; sin embargo la interrogante es si será "hijo legal" de dicho causante de acuerdo a nuestra legislación civil.

B. INSEMINACIÓN HETERÓLOGA

Esta variante de reproducción humana asistida presenta diferencias sustanciales respecto a la anterior, diferencias que radican fundamentalmente en el componente genético masculino (semen) que proviene de un "donante", (tercero)

problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue la reglas generales aplicables para los trasplantes [...], asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural". MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. "La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario". En: Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México.

³¹ BISCARO, Beatriz. "El Desconocimiento o Impugnación de la Paternidad en los casos de Inseminación Artificial Heteróloga". En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Argentina, Tomo 1987-B, p. 802.

ajeno a la pareja a utilizarse en la Inseminación Artificial Heteróloga.

En ésta técnica de reproducción humana (supraconyugal) el semen a introducirse en el útero de la mujer no es del cónyuge sino de un tercero o donante; o ésta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada³². En el caso de estas prácticas usualmente y con mayor frecuencia se suelen utilizar los denominados Bancos de Espermatozoides Congelados, los que empezaron a funcionar aproximadamente en la década de 1970.

Desde la perspectiva jurídica ésta técnica conlleva a problemas como son la determinación de la filiación del niño por nacer, los alimentos y el derecho sucesorio del mismo; y en relación directa e inmediata a que el cónyuge haya prestado su consentimiento para la inseminación de su esposa o que ésta inseminación supraconyugal se haya realizado sin consentimiento del marido o de la mujer que se somete a dicha práctica.

Como es de apreciarse ésta técnica no sólo ofrece dificultades y crea conflictos de orden jurídico, sino también de orden ético, sin embargo consideramos que a pesar de ello en determinados casos es necesario y por tanto debe brindársele márgenes de permisibilidad.

³² El hijo concebido a través de inseminación heteróloga por una mujer soltera, viuda o divorciada, será ante la legislación civil, un hijo fuera del matrimonio que tendrá todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como suyo; el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios. En este caso adelantamos esta pregunta: ¿podrá el donador de semen reclamar paternidad respecto del producto?.

A efectos de la permisibilidad acotada, Luigi Lombardi citado por Varsi Rospigliosi³³, señala: "que de verificarse:

- a) La infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la Fecundación Extra-corpórea).
- b) La existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria.
- c) Que la pareja sea capaz de adoptar y
- d) Que precisamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción."

a. CONSIDERACIONES DE ORDEN ÉTICO QUE PRESENTA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

Desde una perspectiva ética la Inseminación Artificial Supraconyugal se la considera como reprobable, es así que la Iglesia Católica respecto de la vida humana naciente y la dignidad a través del Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, celebrado el 29 de setiembre de 1949, y con Pío XII³⁴ expresó radicalmente:

"1. La práctica de la fecundación artificial, cuando se trata del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente, ni aún principalmente, desde el punto de vista biológico y médico, dejando de un lado la consideración moral y jurídica.

2. La fecundación artificial fuera del matrimonio es condenable pura y simplemente (...).

³³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho Genético. Principios Generales**. Editora Normas Legales S.A., Trujillo: 1995, p. 63.

³⁴ PÍO XII, en su discurso al Congreso Internacional de Médicos Católicos de 1949.

3. La fecundación artificial dentro del matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal, reprobable sin apelación (...).

4. En cuanto a la licitud de la fecundación artificial dentro del matrimonio (...) ni el deseo, en sí muy legítimo de los esposos, de tener un infante, es suficiente para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial”³⁵.

Entonces las principales objeciones de la Iglesia Católica contra las técnicas de fecundación asistida, son la obtención de semen por medio de la masturbación y la fecundación realizada de manera artificial³⁶.

Ahora, en relación a las consideraciones éticas que consideran ésta práctica como reprobable Zannoni³⁷ expresa:

"En el supuesto el cuestionamiento ético radica en que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervengan en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear (...)"

³⁵ La reproducción asistida, viola la inseparable conexión entre los gestos del amor encarnado de los esposos y la transmisión de la vida, oscurece el significado profundo del generar humano, y no es, por tanto, lícito producir embriones artificialmente.

³⁶ En la Encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de Marzo de 1996, Juan Pablo II muestra su preocupación por el uso de las técnicas de reproducción artificial. Expone que si bien parece que se encuentran al servicio de la vida, en realidad dan pie a nuevos atentados contra ella. Consideradas moralmente inaceptables dichas técnicas al separar la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, más aún si éstas registran porcentajes de fracasos.

³⁷ ZANNONI, Eduardo A. **Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas**. Editorial Astrea. Argentina: 1978. pp. 51 - 53.

A lo que deben añadirse otras consideraciones (...).

“De un lado advertimos que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres. El hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación de la esposa con esperma que no es el de su marido compromete o repugna esa trascendencia genética (...) Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrontar la naturaleza ética de la procreación humana”.

Ahora bien, debemos dejar constancia que en contraposición a quienes consideran reprochable y condenable, ésta técnica de reproducción humana (supraconyugal) hay quienes claman márgenes de permisibilidad así como su regulación jurídica, lo hacen sobre la base de considerar que de éste modo se logra que el ser humano, imposibilitado por múltiples razones de procrear, no vea frustrado su vocación de paternidad o maternidad como una forma de realización a la elección de su proyecto de vida dentro de su marco co-existencial de libertad. No podemos dejar de considerar que en una sociedad moderna y de cambios innovadores, como la nuestra, el sentimiento ético, hoy en día también lo es, dado los componentes culturales, sociales, antropológicos e inclusive económicos; razón por la cual hace ya buen tiempo Eduardo A. Zannoni³⁸ con justa razón en contraposición a quienes reprueban éticamente la inseminación artificial heteróloga expresaba:

³⁸ ZANNONI, *op. cit.*, p. 53.

"Sin embargo no podemos ignorar que vivimos inmersos en un mundo concreto y en él obra toda una concepción antropológica obvio que nos condiciona. Desde otra perspectiva, quizá con el tiempo, el sentimiento ético pudiera ser distinto".

2.6 FECUNDACIÓN "IN VITRO"

A. CONCEPTO DE FECUNDACIÓN "IN VITRO"

Esta técnica de procreación asistida es también denominada Fecundación Extrauterina, Artificial, Extracorpórea o en Laboratorio. Es una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer la unión de un óvulo con un espermatozoide creando un cigoto, es decir la fecundación en una probeta; para dar como resultado un embrión, el que será implantado posteriormente en el útero de la cónyuge o de un tercero.

Es menester precisar que ésta técnica brinda también al ser humano imposibilitado de procrear, tener descendencia. Actualmente estas prácticas especialmente en Europa son poco sensacionalistas, sino usuales y rutinarias originándose ésta práctica frente a determinadas anomalías que pudiera presentar la mujer como la obstrucción o ausencia de trompas de falopio a fin de hacer posible una maternidad hasta antes no realizable, y actualmente, ésta técnica se viene también aplicando para suplir la esterilidad masculina; sin embargo a decir de Varsi Rospigliosi³⁹ "la utilización y aplicación de las TERAS (especialmente la FEC) no siempre van en provecho directo e inmediato (...) ya que sirven, también, para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su ausencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano,

³⁹ VARSÌ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, pp. 63-64.

llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres".

La fecundación "*in vitro*" continúa realizándose y el jurista se encuentra frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento técnico-jurídico adecuado.

2.7 CLASES DE FECUNDACIÓN “*IN VITRO*”

A. FECUNDACIÓN *IN VITRO* HOMÓLOGA

Del mismo modo que la inseminación artificial homóloga, los doctrinarios reconocen la fecundación "*in vitro*" interconyugal u homóloga como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja ligada por vínculo matrimonial o *more uxorio*.

Esta técnica de reproducción humana es aceptable no ofreciendo mayores problemas jurídicos habida cuenta que tanto el gameto masculino como el femenino provienen de los cónyuges hecho que otorga seguridad jurídica o alternativamente al provenir de la unión de hecho voluntariamente concertada entre varón y mujer (convivencia); respecto del fruto de la concepción regirá la presunción legal (*iuris tantum*) de paternidad.

B. FECUNDACIÓN *IN VITRO* HETERÓLOGA

La fecundación "*in vitro*" será heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de espermatozoides de un tercero o de óvulos y espermatozoides de terceros. Esta fecundación extracorpórea a decir de Varsi Rospigliosi⁴⁰.

⁴⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho y Manipulación Genética**. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima: 1996, p. 49.

“Crea situaciones en parte nada seguras ya que con el cedente se carece de una relación jurídica familiar reconocida para exigirle el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). (...) ofrece dificultades y crea conflictos. A pesar de ello, en determinados casos es necesaria, por tanto dársele márgenes de permisibilidad”.

En esta práctica los gametos pueden diferir, no necesariamente provenir de la pareja. Esta técnica puede presentar variaciones como la transferencia de embriones (TE), transferencia intratubárica de gametos (TIG) y la transferencia intratubárica de embriones (TIE) y la denominada inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSE) a analizarlos más adelante. Por lo que es menester referirnos brevemente a los “donantes” de gameto, a la madre gestante y biológica, a los cónyuges o convivientes y al niño.

a. LOS "DONANTES" DE GAMETOS.-

Considerando la posibilidad de que suscite una F.I.V.T.E. o una T.I.G. el cedente puede ser tanto el varón o la mujer cuando sea ‘extraño’ el esperma o el óvulo fecundado o fecundar o utilizase el cedente ha de proceder con consentimiento libre, personalísimo e incondicional, siendo generalmente dicho cedente anónimo.

b. LA MATERNIDAD BIOLÓGICA.-

La maternidad biológica puede ser genética y gestante, ello se desprendía desde la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española N° 35/1988), que establecía que "la maternidad biológica puede ser plena o no plena (...) en la plena la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no

plena o parcial la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación) o su óvulo/s) (maternidad genética), pero no ambos (...)"

En nuestro país una legislación de "*lege ferenda*" deberá resolver la problemática jurídica planteada a partir de la variabilidad de maternidad que puedan presentarse.

c. LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES.

Teniendo en consideración que en la fecundación *in vitro* heteróloga se puedan dar variaciones como son: que el componente genético masculino (semen) provenga del marido y el componente genético femenino (óvulo) de una mujer cedente o donante; que el semen provenga de un tercero cedente y el óvulo de la cónyuge; o que ambos componentes genéticos (semen u óvulo) provenga de sendos cedente (terceros); por consiguiente existiendo ésta última posibilidad estrictamente biológica que tanto la mujer como el varón de la pareja o ambos, unidos a través del vínculo matrimonial o a través de la relación *more uxorio*; de no poder intervenir en ésta técnica de reproducción asistida (biológicamente), a decir de: Benítez Ortuzar⁴¹: "habrá que al igual que en la I.A.D. articular el mecanismo para posibilitar el consentimiento del sujeto que no intervengan genéticamente en la reproducción a efectos de otorgar una filiación y una paternidad legal al hijo nacido por éstas técnicas. Biológicamente esta problemática escapa a la ciencia para entrar directamente en el campo de la ética y del derecho".

⁴¹ BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. **Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana**. Editoriales de Derecho Reunidas S.A. España: 1997, p. 76.

d. EL NIÑO.

A partir de la Exposición de Motivos de la, repetimos ya derogada, Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley Española) anteriormente acotada se puede establecer que el hijo nacido por éstas técnicas puede ser descendiente de una madre biológica plena (la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo); de una madre biológica no plena o parcial (en la que la mujer sólo aportó la gestación -madre gestante- o su óvulo(s) -madre genética- y; la de deseo entendida está como aquella maternidad atribuida a la mujer que decide "tener un hijo" "contratando" para ello con las otras 2 mujeres.

Ahora bien, respecto al marido o conviviente de la mujer solo existe la posibilidad de 2 paternidades: la biológica y la de deseo.

2.8 VARIACIONES DE LA FECUNDACIÓN “IN VITRO”

La fecundación “IN VITRO” (F.I.V.) denominada también Extracorpórea en Laboratorio presenta variaciones que incluye la:

- a) La F.I.V. con la transferencia de embriones (F.I.V.T.E.), por la cual el cigoto es implantado directamente en la pared uterina⁴².

⁴² El procedimiento de la FIVTE es el siguiente: a. Estimulación de la Ovulación (Se realiza una estimulación ovárica con productos hormonales adaptadas a cada paciente, con el objeto de obtener la mayor cantidad de óvulos maduros, y de esta manera, aumentar las posibilidades de transferir más de un embrión, lo que aumentará las posibilidades de embarazo); b. Control del tratamiento o monitoreo (Este monitoreo es absolutamente necesario para evaluar la terapéutica hormonal instaurada, asegurar que todo marcha bien, e indicar el momento óptimo para "desencadenar la ovulación"); c. Desencadenamiento de la ovulación (Cuando el tamaño de los folículos ováricos evaluados por ecografía y el nivel hormonal determinado por los dosajes en sangre son satisfactorios, la ovulación es desencadenada con una inyección de HCG [Gonadotrofina Coriónica Humana]. La aplicación de la misma es indispensable para concluir la maduración folicular); d. Punción folicular en busca de los ovocitos (Se efectúa aproximadamente 35 horas después de la inyección de la HCG. Es una técnica sencilla y rápida. Se realiza por vía vaginal (de manera que no queda cicatriz alguna) bajo control ecográfico, y con anestesia local); e. Obtención y preparación del semen (Para obtener el semen se recomienda una abstinencia sexual de 3 días. Lo importante es que el semen llegue al laboratorio lo antes posible (en un plazo de 1 hora como máximo después de su extracción), una vez efectuada la punción folicular de la mujer.

- b) La F.I.V. con transferencia intratubárica de gametos (T.I.G.) procura que la concepción se lleve a cabo en las trompas de Falopio, pues, tanto los gametos masculinos y el femenino han de colocarse en las trompa de Falopio como ámbito natural para la concepción. Esta variable de F.I.V. fue desarrollado por el científico argentino Ricardo Asch de la Universidad de California⁴³.

Al respecto Gustavo Bossert⁴⁴ sostiene "La estimulación hormonal y la aspiración de óvulos es igual que en la F.I.V.E.T. la diferencia reside en que los óvulos son puestos en contacto con los espermatozoides en el laboratorio luego de extraídas y ambos gametos son transferidos a las trampas de Falopio en el mismo acto quirúrgico. El propósito es que la fecundación se realice en el ámbito donde ocurre naturalmente, o sea las trompas de Falopio. Todo el procedimiento lleva entre una y dos horas".

Los espermatozoides se someten a varios procesos de "lavado" para librarlos de las secreciones prostáticas, y luego se concentran mediante métodos especiales de elaboración. Una vez procesados, se colocan junto a los óvulos en el medio de cultivo entre 3 y 5 después de la punción. Si el número de espermatozoides es muy limitado, es posible emplear otros métodos de elaboración (lavado y concentrado) y, por supuesto, ICSI); f. Etapa biológica (El contenido de los folículos punzados (líquido folicular y ovocitos), es inmediatamente observado con el microscopio, y luego se lavan y preparan los óvulos para el proceso de la fertilización. En una cápsula, cada óvulo es puesto en presencia de aproximadamente 150.000 espermatozoides. La fertilización, que consiste en la penetración del espermatozoide dentro del óvulo, se produce algunas horas más tarde); g. Transferencia de embriones (La transferencia es un acto sencillo y desprovisto de riesgos. Se aspiran el o los embriones dentro de un catéter muy fino y flexible, éste se introduce por vía vaginal adentro del útero, a través del canal del cuello del útero; luego, se depositan suavemente los embriones en la cavidad del útero).

⁴³ El procedimiento de la TIG o GIFT (por sus siglas en inglés) consta de 4 etapas básicas: a: Estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular. (La estimulación se realiza con gonadotrofinas (hormonas que estimulan al ovario), para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos maduros para el procedimiento. La cantidad y calidad de los ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado es uno de los factores determinantes de las probabilidades de éxito del procedimiento); b. Captura de los ovocitos por punción ovárica directa (A través de una laparoscopia o minilaparotomía, o con control ultrasonográfico en caso de emplearse cateterización tubaria por vía transuterina para el depósito de los gametos en las trompas); c. Identificación de la madurez y calidad de los ovocitos en el laboratorio de gametos y; d) Introducción a las trompas uterinas (por minilaparotomía, laparoscopia o histeroscopia) de los ovocitos de la paciente (o de una donante) mezclados con semen homólogo o heterólogo previamente capacitados. Se utilizan hasta 3 ovocitos y 150,000 espermatozoides por trompa.

⁴⁴ BOSSERT, Gustavo. **El Derecho Civil de Nuestros Tiempos**. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima: 1995, p. 108.

- c) Una tercera variación de la F.I.V. está dada por la transferencia intratubárica de embriones (TIE) que a decir de Varsi Rospigliosi "es una combinación de la TE y la TIG, en la que se practica la fecundación *in vitro*, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, permitiendo un crecimiento y una anidación natural"⁴⁵.

Habiéndose realizado el tratamiento de la teoría de la procreación asistida indico al respecto mi posición doctrinaria a la que llego después de dicho tratamiento, la misma que es como sigue:

Siendo la procreación asistida ya una realidad recurrente también en nuestro país. La inseminación artificial interconyugal u homóloga merece mi aprobación plena, porque no es contraria a la moral, a las buenas costumbres ni al orden público, en el noble propósito de tener descendencia, tanto más por cuanto los componentes genéticos, gameto masculino (espermatozoide) y gameto femenino (ovulo), provienen de los cónyuges que recurren a esta técnica, llevándose a cabo la gestación con la cónyuge por lo que la maternidad inclusive quedara determinada por el hecho del parto, no generando mayores problemas, pues no afrenta la naturaleza ética ni jurídicamente y el nuevo ser proviene de un hogar constituido. Ahora bien tratándose de las técnicas de reproducción humana asistida heterologa (IAD), si bien es cierto ofrece problemas y parcialmente dichas prácticas no brindan seguridad al establecimiento de una relación jurídica familiar sólida a diferencia de la anterior (desde una perspectiva científica); sin embargo considero desde una perspectiva ética – jurídica debe brindársele márgenes de permisibilidad, no solo para satisfacer, no solo para satisfacer la necesidad social relevante

⁴⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, p. 62.

de la procreación por sí, sino permisible principalmente para aquellos casos en que se verifique la infecundidad de la pareja, cuando existan riesgos eugenésicos o la posibilidad de transmisión de taras hereditarias, para fines terapéuticos obviamente partiendo en toda aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida del consentimiento informado, responsable de todo los sujetos involucrados en las misma, prohibiéndose aquellas contrarias al orden público y que tengan fines y propósitos ilícitos, siempre y cuando se ajuste y se cumplan rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido, considero ético y jurídicamente aceptable teniendo siempre presente el bienestar de las personas y la dignidad humana.

CAPITULO III

3. LA FAMILIA EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN.

En éste capítulo comenzamos con las bases conceptuales de lo que propiamente es la familia el parentesco y la filiación como elemento indispensable para en adelante configurar la teoría de la familia y parentesco en la filiación civil proveniente de la reproducción humana asistida a partir del tratamiento de la familia y el Libro III del Código Civil.

3.1 BASES CONCEPTUALES DE FAMILIA PARENTESCO Y FILIACIÓN.

- **Familia:** Es la célula básica de la sociedad. La familia es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.⁴⁶.

Si bien es cierto no existe un concepto unívoco de la familia considero adecuado el concepto vertido por el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi que conceptualiza a la familia en el sentido “que más que un componente jurídico, la familia es una institución reconocido por el derecho como un requerimiento social del hombre, en la que satisface sus necesidades a través de la convivencia.”⁴⁷. La familia es considerada como la institución más antigua de la humanidad es por ello que la familia en sentido amplio puede aceptarse como institución socio-

⁴⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 21º, Edición, Madrid, 1992, pag. 949.

⁴⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Divorcio, filiación y patria potestad 1ra. Edición editora jurídica Grijley E.I.R.L. 2004 Lima Perú p. 4.

cultural (convivientes ligados por vínculos de sangre o afectivos) y la familia fundada o basada en el matrimonio civil o religioso la que origina bien una institución jurídica o religiosa⁴⁸.

- **Parentesco:** El concepto del Dr. Héctor Cornejo Chávez de parentesco como: “La relación o conexión familiar entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión”⁴⁹.

En sentido amplio es considerado el parentesco al vínculo o unión que existe entre las personas, por coincidencias o semejanzas. Propiamente es la relación recíproca que se da entre las personas, derivándose bien de la consanguinidad, de la afinidad, de la adopción e inclusive de la administración de algunos sacramentos; ello en un sentido o fórmula amplia. El parentesco comporta también un proceso de evolución en el que el matrimonio no solo es la base de una nueva familia que originará un parentesco consanguíneo sino también la institución a partir del cual surgirá el parentesco por afinidad.

- **Filiación:**
En principio la filiación es la relación de parentesco más importante que se da de hijo hacia sus padres y cuando ésta relación se da de progenitores a hijos se denomina paternidad o maternidad. La filiación (tradicionalmente) puede ser matrimonial o extramatrimonial, la primera es aquella en la que el hijo a sido tenido en las relaciones matrimoniales de los padres y la segunda cuando el hijo ha sido concebido y nacido fuera del matrimonio

⁴⁸ Así con el término familia nos referimos indistintamente a 2 unidades sociales diferenciadas básicamente en su composición y posibilidades funcionales. A una fuertemente organizado compuesta por los cónyuges y los descendientes y a otro difuso y ligeramente organizado por parientes consanguíneos.

⁴⁹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Studium ediciones. Lima: 1985.

debiendo en éste caso, el hijo haber sido reconocido por su padre o madre o haber obtenido una sentencia favorable sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna o materna según corresponda a fin de poder probar su filiación extramatrimonial legalmente, en uno y otro caso el presupuesto biológico es el que sustenta generalmente las categorías jurídicas de la filiación matrimonial y extramatrimonial, sin embargo también se da el caso en el que la norma sustantiva crea un vínculo jurídico estrictamente de parentesco puramente civil sin el presupuesto biológico (consanguíneo), siendo el caso de la denominada filiación sin procreación biológica, esto es propiamente la adopción de menores, de la que nos referimos anteriormente.

Es de advertir que la filiación (del latín: filius, hijo) Es la relación parental más importante y de mayor jerarquía entendiéndose esta como relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo.

Pese a la diversidad de conceptos existentes, considero adecuados los de:

PLANOL y RIPERT dicen: que la filiación es la relación que existe entre dos personas⁵⁰, y Aveledo Luigi, Isabel Crisante que dicen: que constituye un hecho natural, como es la procreación y un hecho jurídico, puesto que determina consecuencias jurídicas, de aquí que pueda distinguirse entre filiación biológica y filiación jurídica⁵¹.

⁵⁰ PLANOL, Marcel y RIPERT Georges: Traité élémentaire de droit civil. Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, 1948, t.1 N° 1280, p. 454.

⁵¹ AVELEDO DE LUIGI, Isabel Crisante: Lecciones de Derecho de Familia 7ma. Edición Vadell hermanos Editores. Valencia, Venezuela, 1990. Pág. 325.

3.2 LA FAMILIA Y EL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL:

3.2.1 LA FAMILIA.

Partiendo del principio constitucional de protección a la familia pretendemos establecer aquí el tipo de familia que se origina a partir de la aplicación o empleo de las técnicas de reproducción humana a través de sus destinatarios sus implicancias dentro del contexto familiar como la filiación y las relaciones de parentesco.

Nuestro modelo predominante de familia es el de la familia nuclear fundada en el matrimonio a la cual el derecho de familia y nuestra constitución política brinda su atención y tutela obviamente sin desproteger a la familia fundada en la unión de hecho.

Es necesario precisar que el concepto familia no es unívoco y que su conceptualización jurídica es más de carácter sociológico, no existiendo necesariamente conexión entre el concepto de familia y el de matrimonio.

Es necesario recordar las palabras de Doberning Gago para quien “Los avances científicos en el campo de la reproducción asistida han cambiado conceptos tan antiguos como el mismo hombre, tales como la paternidad y la maternidad, por lo que han afectado prácticamente a la totalidad de la llamadas relaciones familiares”⁵².

La familia no sólo se constituye mediante actos jurídicos sino también por el fenómeno social de la interrelación humana. Esto es de importancia a efectos de determinar las

⁵² DOBERNING GAGO, Mariana. “Status [sic] jurídico del preembrión en la reproducción asistida”. En Jurídica. Universidad Iberoamericana. México: 1998, N° 28, p. 257.

consecuencias surgidas en el ámbito social con motivo de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida toda vez que las relaciones personales que con ellas se crean son diversas y complejas teniendo relación y relevancia muy especialmente para relaciones concretas como alimentos, herencias, etc. amen de establecer vinculaciones en las relaciones de parentesco.

3.2.2 EL PARENTESCO

Modernamente se suele hablar del parentesco civil que propiamente esta vinculado a la adopción o a la arrogación.

3.2.21. LAS FORMAS DE PARENTESCO.

De conformidad con los artículos 236 a 238 de nuestro Código Civil vigente son 3 las formas de parentesco, por consanguinidad, por afinidad y legal⁵³.

Héctor Cornejo Chávez define el parentesco como "la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión"⁵⁴.

El parentesco "nace de la naturaleza" cuando se sustenta en la consanguinidad y a tenor del Art. 236 del C.C. puede ser en "línea recta" cuando una persona desciende de otra (Vgr. hijo y padre) y será en línea colateral cuando se reconoce un tronco común (Vgr. tío y sobrino, primos, etc.). La línea "es la sucesión ordenada y completa de personas que proceden de un mismo tronco. Puede ser recta, cuando se forma con personas que descienden unas de otras, y colateral cuando se

⁵³ En cuanto al parentesco religioso o espiritual podemos afirmar que ésta no tiene efectos jurídicos, su origen la encontramos en el Derecho Canónico, se deriva del bautismo o de la confirmación y alude a la relación padrino-ahijado que se define para efectos de un sacramento.

⁵⁴ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Studium Ediciones. T. I p.93Lima: 1991.

trata de personas que sin descender unas de otras unen sus respectivas líneas en un ascendiente común. La primera tiene dos ramas: la ascendiente, si se toma como punto de partida una persona con relación a sus antecesores, y la descendiente, cuando una persona sirve de referencia respecto de sus sucesores”. El grado “es la distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes”⁵⁵.

El parentesco consanguíneo particularmente produce efectos relevantes como las implicancias en el ámbito de los impedimentos para contraer matrimonio, la invalidez del mismo, así como la vocación hereditaria en el campo sucesorio y la obligación específica de prestación de alimentos.

Ahora bien, el parentesco por afinidad se encuentra enmarcado dentro del Art. 237 del C.C. que establece “el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro”, nace necesariamente del matrimonio encontrándose limitado al cónyuge, el mismo que queda unido así a todos los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Cabe destacar que para darse el parentesco por afinidad el medio legal necesariamente es el matrimonio, no admitiéndose la posibilidad de éste parentesco por la simple unión de hecho o concubinato, así mismo es menester destacar que los esposos entre si no son parientes afines pues ellos son cónyuges teniendo entre sí un vínculo más estrecho que el parentesco, al que se denomina vínculo uxorio⁵⁶.

⁵⁵ El grado de parentesco se determina por el número de generaciones, en línea colateral el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro.

⁵⁶ Los efectos derivados del parentesco por afinidad a decir de Héctor Cornejo Chávez se circunscriben a “La creación de algunos impedimentos matrimoniales y ciertas causas de invalidez del casamiento, y sus efectos procesales se aprecian en materia de recusación y excusa, y de impedimentos para testificar”.

Sin embargo los efectos jurídicamente alcanzan un ámbito mayor, así por ejemplo el artículo 107 del C.C. dispone la prohibición de celebrar contratos con la fundación, al administrador o administradores como a sus “parientes hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de

Respecto del parentesco legal podemos afirmar, que es el que se forma a través de la adopción y está regulado en el artículo 238 del Código Civil y a decir de Marisol Fernández Revoredo y Olga Alcantara Francia “con el objeto de otorgar a los adoptados, en virtud del nexo del parentesco legal, todos los derechos inherentes a la calidad de hijo, los mismos que se extienden a los adoptados como si en relación a éstos se tratara de un vínculo consanguíneo, lo cual es precisamente un factor que coadyuva a la integración de la familia”⁵⁷.

3.3 .LA FILIACIÓN

Partiendo de un análisis de las normas contenidas en nuestro código sustantivo que regulan la filiación podemos determinar diversas variantes de estudio respecto de la filiación.

3.3.1 CLASES DE FILIACIÓN.

A. FILIACIÓN POR NATURALEZA.

a. La presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Esta presunción sostiene que el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo de su marido.

A éste respecto puntualiza Cornejo Chávez que "ésta presunción reposa en un doble fundamento: de una parte, en la cohabitación o relación sexual que el matrimonio implica, de manera que, aún sin otro indicio se puede suponer que entre

afinidad". De otra parte el artículo 658 del Código acotado dispone que "son nulas las disposiciones testamentarias a favor del notario ante el cual se otorga el testamento de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad [...]".

⁵⁷ FERNANDEZ REVOREDO Marisol y ALCANTARA FRANCIA Olga. "Parentesco por adopción". En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo II, p. 47.

los cónyuges se ha producido y se produce el contacto carnal, y de otro lado, en la fidelidad que se supone que la mujer guarda a su marido, tanto por consideraciones de orden ético y de organización social como por un cumplimiento de un deber que la ley le impone"⁵⁸. Esto es el deber de fidelidad.

El artículo 361 de nuestro código sustantivo dice: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido", éste artículo contiene la presunción *pater is...* que puede ser desmentida, pues, ésta presunción se funda en otras 2 presunciones: la presunción *juris tantum* contenida en el Art. 363 del C. C. que permite que la presunción *pater is...* sea desvirtuada con prueba en contrario con la limitación contenida en el Art. 366° del C. C. que contiene la presunción *juris et de jure*. Debemos precisar que la presunción *pater is...* se funda en el vínculo jurídico formal (matrimonio) y no en la consanguinidad por lo que el Art. 361 puede conllevar a diversas consecuencias:

1. Que el marido de la cónyuge en realidad sea efectivamente el padre biológico del hijo en cuyo caso la norma tiene concordancia con la naturaleza genética de las cosas, pues, se fundamenta en el vínculo consanguíneo y civil como variables de la presunción *pater is...*
2. Cuando el hijo tenido por la cónyuge en realidad no es hijo del marido, es decir, éste no es el padre del menor, no contestando el marido la paternidad, dejando vencer el plazo de caducidad fijado por ley o no resultando victorioso en la acción será considerado padre legal del menor por la presunción *pater is...* en su variable no de vínculo consanguíneo sino de vínculo civil.

⁵⁸ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Octava edición. Librería *Stodium* ediciones. Lima: 199, tomo II, p. 20.

3. Que el marido no considerándose padre biológico del hijo de su cónyuge demande la acción contestatoria de la paternidad y logre que su demanda sea declarada fundada en consecuencia el menor no será tenido por hijo suyo, ante ésta eventualidad el padre biológico del menor podrá reconocerlo de conformidad con lo dispuesto en el art. 390 del Código Civil y en estricta observancia al art. 396 del Código Civil acotado que dice: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiere negado y obtenido sentencia favorable” y ante la negativa de que el padre biológico reconozca voluntariamente al menor, la madre de éste o representante legal podrá accionar la declaración judicial de filiación extra-matrimonial paterna.

La presunción pater es en relación a las técnicas de reproducción humana asistida se ve enfrentada pues a través de estas técnicas la filiación no sólo se contraponen a los principios y/o postulados hecha norma o ley sino a la misma naturaleza o esencia biológica de la generación de vida del nuevo ser del cual deviene su filiación.

b. Tratamiento jurídico de la presunción pater es en la moderna legislación civil comparada respecto de las TERAS (Brasil, Cataluña).

El Dr. Enrique Varsi Rospigliosi⁵⁹ respecto de su tratamiento jurídico moderno en la legislación civil comparada precisa:

“ Respecto de la presunción pater est y su enfrentamiento con las técnicas de procreación asistida

⁵⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Ob. Cit. pp 116-117

presentemos sólo dos tipos de tratamientos modernos. El novísimo Código Civil de Brasil (2003) menciona en su artículo 1597 que: “Presumen-se concebidos na constancia do casamento os filhos (...). III. Havidos por fecundacao artificial homologa, mesmo que falrvido o marido. IV. Havidos, a cualquier temo, quando se trata de embriones excedentarios, decorrentes de concepcao artificial homóloga. IV. Havidos por inseminacao artificial heterologa, desde que tenga previa autorizacao do marido”. Asimismo, en la sección pertinente a la filiación matrimonial, el Código de Familia de Cataluña consagra en su artículo 92 un título especial referido a la fecundación asistida de la mujer presentando las siguientes soluciones: “1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido. 2. En la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurren en la misma las siguientes condiciones: a. Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de su muerte; b. Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple; y c. Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días.”

Las situaciones que se dan en la práctica y que generan duda en cuanto a su aplicación son:

-Filiación por fecundación homologa.

- El marido en vida.
- Una vez fallecido el marido.

-Filiación por fecundación heteróloga.

- Con autorización del marido.
- Sin autorización del marido ”

-Filiación de aquel concebido por mujer casada fecundada con semen de hombre casado con la finalidad de entregar el hijo al dador del semen y su esposa.

-Filiación producto de maternidad sustituta.

-Filiación de embriones crioconservados.”

c.- La declaración judicial de filiación-extramatrimonial paterna.-

La declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna se basa en la investigación judicial de la paternidad y ocurre cuando el padre del hijo extramatrimonial voluntariamente no lo reconoce porque no se considera padre, desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe. Ante ésta posibilidad es necesario probar la relación paterno-filial a través de la investigación judicial de la paternidad, investigación que se ha facilitado con el proceso especialísimo de declaración de paternidad extramatrimonial creado por la Ley N° 28457, que contempla que la negativa a someterse a la prueba de ADN posibilita la declaración de filiación.

El Art. 402 de nuestro Código Civil señala: La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada.

- 1) Cuando exista escrito indubitado del padre que lo admita.
- 2) Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

- 3) Cuando el supuesto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para éste efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
- 4) En los casos de violación rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- 5) En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción siempre que la promesa conste de manera indubitable.
- 6) Cuando se acredita el vínculo paternal entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiese realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza⁶⁰.

Conforme se desprende del tenor del artículo mencionado no se encuentra permitida para todos casos la declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna, pues el establecimiento de ésta, únicamente se subordinan y se circunscriben a cualesquiera de los seis casos expresamente enumerados en el artículo acotado por ser ésta de *numerus clausus*.

⁶⁰ Inciso modificado por la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, ya nombrada.

Consideramos que dado el vertiginoso avance científico genético y biológico, el artículo acotado no debiera ser de *numerus clausus* sino de *numerus apertus* en la que se establezca que la filiación extramatrimonial paterna sea de libre probanza.

Ahora bien, estos presupuestos del artículo acotado todavía señala Cornejo Chávez:

"Bajo la vigencia del código anterior, la jurisprudencia de los tribunales se inclinó en el sentido de que los casos puntualizados en su artículo 366 - mantenido, con importantes precisiones, por el Art. 402 del nuevo texto- contenían presunciones legales de paternidad..."⁶¹.

Ahora si el hijo o quien lo representa interpone la acción respectiva y logra una sentencia favorable sobre su declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna, ésta sentencia será el medio de prueba de su filiación extramatrimonial a tenor de lo dispuesto en el art. 388 del Código Civil.

En el vínculo consanguíneo se fundamenta la filiación extramatrimonial en el caso de los incisos 3, 4, 5 y 6 del Art. 402 del Código Civil, a éste respecto puntualiza Rubio Correa que:

"Podemos concluir diciendo que en la parte de declaración judicial de paternidad, el Código Civil peruano asume plenamente el principio de que la paternidad biológica determina la paternidad legal, y que esto es cierto aún en la ratio de los dos primeros incisos del artículo 402, aunque en

⁶¹ CORNEJO CHAVEZ, *op. cit.*, p. 132.

ellos también puede ocurrir que la paternidad sea asignada por la voluntad del sujeto actuante sin que haya sido en realidad el padre biológico"⁶².

Respecto a lo puntualizado en este último párrafo en relación a la presunción pater est el Dr. Enrique Varsi⁶³ precisa:

“La presunción pater est tiene un carácter de historicidad que deberá actualizarse o andar a la par con el devenir de las relaciones sociales y técnicas pues su carácter ancestral desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto. Para que las presunciones, que en esta materia consagra la ley, no caigan peligrosamente en el terreno de las ficciones es menester tener bien claro el hecho que las nitre. Se trata de presupuestos biológicos que exigen, en cada caso una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Además, la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal lo fácticamente verosímil. En caso contrario la ley entra en el ámbito de lo absurdo, como lo sustentan BOSSERT Y ZANNONI.”

d.- Declaración judicial de maternidad extramatrimonial.-

El Art. 388 del Código Civil establece: "El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos" y el Art. 409 del acotado nos dice: "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se prueba el hecho del parto y la identidad del hijo", en uno y otro caso la norma jurídica en lo posible se fundamenta en el principio de la consanguinidad para determinar la maternidad del hijo. Maternidad que por cierto está dada por la propia naturaleza, sin embargo ésta para que origine

⁶² RUBIO CORREA, *op. cit.*, pp. 38-39.

⁶³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Divorcio Filiación y Patria Potestad*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima-Perú, 2004. Pp .112.

consecuencias jurídicas debe ser legitimada por el reconocimiento voluntario o forzoso (investigación judicial) en este supuesto cuando se admite a controversia la relación materno-filial extra-matrimonial.

La declaración judicial de maternidad extramatrimonial como acción es procedente respecto de aquellos hijos sin vínculo jurídico materno acreditado, casos de orfandad, expósitos, etc. que desconocen la identidad de la madre.

La maternidad se acredita por el hecho del parto. Ahora probado el hecho del parto y la identidad del hijo en un proceso judicial sobre filiación materna dará lugar a que la maternidad extramatrimonial sea declarada judicialmente, estableciéndose así la filiación materna del hijo. El parto es un hecho biológico que acarrea consecuencias de orden jurídico. Acreditado el parto atribuye de pleno derecho la maternidad. Basta el certificado de nacimiento vivo para la atribución de maternidad. Debemos de precisar que en el certificado en mención de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Código de los Niños y Adolescentes debe constar la identificación dactilar de la madre y respecto del recién nacido la identificación pelmatoscópica. El D.S. 38-94-JUS a través de su artículo 3 dispone que respecto de los nacimientos acontecidos en hospitales estatales y maternidades en el certificado médico deberá constar en el dorso la identificación de cadactiloscópica de la madre como del recién nacido, esto queda establecido también por las normas referidas a la expedición del DNI de los recién nacidos.

Respecto de la identidad del hijo éste supuesto trata de establecer que el recién nacido es de la parturienta, lo cual se establece normalmente con el certificado de nacimiento.

Enrique Varsi Rospigliosi y Paula Siverino Bavio, citando a Méndez Costa señalan al respecto "La identificación del nacido significa asegurarse de que el niño cuya inscripción de nacimiento se realiza, sea efectivamente hijo de la mujer que lo ha dado a luz y que se denuncia como madre. Constituye una cuestión técnica de gran importancia frente a la cantidad de casos de fraudes, suplantación, sustracción o entrega de hijo, y se cumplirá ante la dependencia del registro correspondiente al lugar donde viva el hijo mediante fotografías, impresiones dactiloscópicas, descripción de señas físicas y datos individuales⁶⁴.

B.- LA FILIACIÓN ADOPTIVA

La doctrina tanto tradicional como moderna la considera propiamente como una clase de filiación en la que la adopción propiamente constituye una creación legal y al mismo tiempo por cuanto de acuerdo al avance y la nueva realidad científica, innovando el derecho de familia, conforme a ella la adopción propiamente goza o comporta de un carácter provisional, considerándose estos dos aspectos mencionados como las dos objeciones principales y fundamentales que se contraponen a la filiación en tanto concepto tradicional.

Es importante anotar que la adopción como institución se constituye como una alternativa paralela a las técnicas de reproducción humana asistida para permitir la realización de la maternidad o paternidad de aquellas persona que por razones diversa no hayan podido procrear hijos a la par que como finalidad tiene el propósito sano de "integrar una familia, dándole el privilegio de tener un hijo, y al hijo darle el privilegio

⁶⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO BAVIO, Paula. En **Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas**. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I, p. 57.

de tener una familia”. Aunque Moisset de Espanés nos dice que las técnicas de reproducción asistida permitidas “...realiza dicha ansias paternas por procedimiento que es superior a la adopción, desde que se apoya en la maternidad efectiva de la esposa”⁶⁵.

Cabe anotar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 377 del Código Civil por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea⁶⁶.

C. LA FILIACIÓN CIVIL COMO UN TERCER GÉNERO.

La doctrina moderna frente a el avance científico y tecnológico que se viene experimentando en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y por ende al dinamismo que se viene dando en el derecho de familia y en especial en materia de filiación como consecuencia de la aplicación de las TERAS en sus diversas formas hace que la nueva realidad científica apoyada en la doctrina moderna en el derecho de familia, nos enseñe y establezca como una clase de filiación más, la llamada filiación civil que propiamente es una suerte de creación de un tercer género de filiación, aparte de la ya conocida filiación por naturaleza y la filiación adoptiva.

⁶⁵ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Acerca de la de ‘inseminación artificial’ y su discusión en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁶⁶ En el ámbito jurídico la adopción genera diversos efectos entre ellos tenemos:

- * El adoptado adquiere el primer apellido del padre adoptivo y el primer apellido de la madre adoptiva. De ser soltero el adoptante, o siendo casado es él quien realiza la adopción entonces al adoptado le corresponderá los apellidos del adoptante.
- * Por la adopción el menor adoptado se sujeta a la patria potestad de su(s) adoptante(s).
- * Surge la obligación o deber de prestación alimentaria de lo(s) a adoptante(s) al adoptado.
- * La partida de nacimiento del adoptado deviene en ineficaz para todos los efectos jurídicos salvo de la conservación de los impedimentos matrimoniales. Consecuentemente se emitirá una nueva partida de nacimiento del adoptado.
- * El adoptado tiene los mismos derechos hereditarios que un hijo matrimonial o extramatrimonial.

Es de precisar que la filiación civil de acuerdo a las técnicas de reproducción humana asistida, a su aplicación de éstas, a las variantes o formas que presentan como, en la fecundación extracorpórea: Transferencia de embriones (TE), Transferencia intratubárica de gametos (TIG), la extracción de un embrión todavía no implantado del útero de una mujer a otra la inyección del espermatozoide dentro del ovocito o la denominada inyección citoplasmática de espermatozoide (ICSE), las transferencias del embrión o del ovocito las trompas de falopio, la maternidad subrogada, entre otras; hasta ahora conocidas por lo que un ordenamiento jurídico de la filiación civil a de ser siempre provisorio ya de ser necesario ampliarse a futuro acorde al avance científico, tecnológico que a de presentarse como consecuencia misma del dinamismo e innovaciones que se vienen dando en el derecho de familia; por consiguiente el nuevo ordenamiento jurídico en materia de filiación civil debe de comportar soluciones legales y adecuadas que mejor acompañen a esos cambios y a la nueva realidad científica que impone la aplicación de las TERAS.

CAPITULO IV

4. LA FILIACIÓN A TRAVÉS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

4.1.- La inseminación artificial homóloga y la filiación del nuevo ser:

La inseminación artificial o fecundación *in vitro* homóloga como técnica de reproducción asistida humana realizada dentro de la unión interconyugal, es decir, realizada dentro del matrimonio, con componentes genéticos (gameto masculino y femenino de los cónyuges), dará lugar a un hijo matrimonial a tenor de lo dispuesto en el Art. 301 del Código Civil vigente que dice: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. Se entiende que en este caso ambos han dado su consentimiento para la aplicación de la técnica de reproducción asistida, el supuesto en el que uno de ellos no lo ha dado será abordado posteriormente.

Consecuentemente la filiación del hijo será matrimonial coincidiendo el fundamento de la filiación, esto es el vínculo consanguíneo llamado también vínculo genético con el carácter jurídico formal de la norma acotada. Al utilizarse los componentes genéticos del marido y la mujer dentro del matrimonio no se contradice la naturaleza. Al respecto Eduardo A. Zannoni sostiene:

“... en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y

merece aprobación como un medio para superar siendo posible, la infertilidad de los cónyuges”⁶⁷.

En ese mismo sentido Cárdenas Quirós indica que “sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encuentro [...] objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento empleado para que se produzca no lleve la destrucción de algunos embriones, pues en caso contrario la fecundación importaría un violación flagrante del derecho a la vida de seres humanos”⁶⁸. Mientras que Taboada nos dice que “Nuestra opinión es que las TERAS homólogas son conductas perfectamente ajustadas a derecho y que como tal deben ser reguladas”⁶⁹.

Esta forma utilizada dentro del matrimonio no crea mayor problema, pues, el vínculo matrimonial existente brinda seguridad jurídica a la práctica de dicha técnica como a sus consecuencias.

⁶⁷ ZANNONI, *op. cit.*, p. 50. Claro que en la doctrina comparada se encuentran también opiniones como las de Rabinovich-Berkman quien denuncia que la aplicación de las TERAS no sólo se daría por la muy comprensible idea de “algunos en sectores de la población argentina [de] una acuciante necesidad de tener hijos biológicamente propios, ‘de la misma sangre’ de los padres, y muy especialmente del progenitor” sino que evidenciaría la existencia de “criterios racistas en los niveles altos y medio-altos de la población, sobre todo en las ciudades más cosmopolitas, especialmente Buenos Aires. La identificación entre claridad de piel, ausencia de rasgos indígenas, y jerarquía socioeconómica, descrita por Isabel Allende para Chile, es perfectamente válida en la Argentina. A menudo, los interesados en adoptar pertenecen a las clases elevadas, y son de ‘tipo europeo’ (o pretenden ser-lo, lo que resulta harto peor), mientras que la mayoría de los niños disponibles, por provenir del proletariado, son de aspecto más autóctono. Esto genera a veces un rechazo, que se expone como un deseo de evitar problemas derivados de la falta de parecido físico, aunque disfraza una discriminación étnica”.

RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil de Perú”. En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1998, N° 17, p. 197.

⁶⁹ Ampliando su comentario, añade que “No podemos oponernos a esta regulación y legitimación de mecanismo científicos para la procreación entre cónyuges o convivientes basándonos en cuestiones religiosas o morales, sino en cuestiones de necesidades sociales. Por otro lado, quién puede decir que el deseo de los cónyuges o convivientes de tener un hijo de su propio material genético sea inmoral por el solo hecho de no ser consecuencia de un acto sexual. Nos parece, honestamente, desde nuestro particular punto de vista, un argumento carente de toda validez y sin ninguna justificación”.

TABOADA, Lizardo. “La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos”. En: *Ius et Praxis*. Universidad de Lima. Lima: 1997, N° 27, p. 186.

En este caso la determinación de la filiación matrimonial se caracteriza por presunciones prácticamente irrefutables fundada en la vieja regla romana "*Pater is est quem nuptiae demonstrant*", regla que por su utilidad permite la determinación de la paternidad legal (matrimonial) y la filiación matrimonial del nuevo ser mientras no se impugne en razón de ser una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario).

Consecuentemente la doctrina es unánime en considerar a los nacidos de una inseminación artificial o fecundación *in vitro* homóloga como hijos matrimoniales determinada por la inscripción del nacimiento⁷⁰, por lo que el Art. 361 del Código Civil como modelo de *lege data* para éste caso, resulta útil complementado en el Art. 363 del Código acotado.

En este caso de inseminación presenta varios supuestos.

A. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA CON EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.

1. Cuando el hijo nazca después de cumplidos los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución.

En este supuesto la presunción de paternidad contenida en el Art. 361 del C.C. opera con plenitud de tal manera que la filiación matrimonial del nuevo ser quedará determinando por la inscripción del nacimiento independiente de quien sean la persona que declare el nacimiento. Esta filiación resulta siendo más firme que la filiación matrimonial normal, pues, ha mediado fundamentalmente el

⁷⁰ Por ejemplo Cárdenas quien nos dice que: "Tratándose de la fecundación extracorpórea homóloga que se realiza dentro del matrimonio, ella dará lugar a un hijo matrimonial". CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 200.

consentimiento de los cónyuges y se cuenta con el historial clínico o médicos de dicha practica como prueba de la generación.

2. Cuando el hijo antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

En este supuesto se entiende que la concepción del nuevo ser se ha dado dentro de matrimonio, por lo que opera la presunción contenida en el Art. 361 del C.C., pero, ya no hay plenitud sino debilitada por lo dispuesto en el Art. 363 del código acotado que faculta al marido negar la presunción de paternidad ejercitando la acción contestatoria de la paternidad basada en las causales contenidas en el Art. 363 Inciso 1 del C.C., dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar o desde el día de su regreso, si estuvo ausente.

Sin embargo dado a que el marido ha prestado su consentimiento para la realización de la inseminación artificial resulta no creíble que no conocía del embarazo de su mujer con la que formaba pareja previo a contraer matrimonio. Además del consentimiento prestado, debo precisar que el Art. 366 del C.C. dice: “El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del Art. 363 1 y 3” y el inciso 1 del artículo acotado dice “si ha admitido expresa o tácitamente que le hijo es suyo” por lo que la presunción de paternidad contenida en el Art. 361 de nuestro Código Civil no podría destruirse, ya que el marido no podría, no podría alegar el desconocimiento del embarazo, pues en este caso existe prueba directa

de la generación (la existencia de la historia clínica médica de la IAC en la que además consta el consentimiento del cónyuge).

B. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.

Es poco probable que se practique una técnica de este tipo por un Hospital, Clínica o Centro Médico autorizado porque en principio el no consentimiento del marido podría conllevar a responsabilidades contra el cuerpo médico que realice esta técnica sin embargo existe la posibilidad de dicha técnica que lleve a cabo por un Centro de Salud o profesional médico particular, y con el semen del marido obtenido de manera anómala; por ejemplo tras un coito sexual utilizando un preservativo (condón) en que quede depositado el semen y que la cónyuge y que la cónyuge aporte.

En esta hipótesis de IAC opera la presunción de paternidad contenida en el Art. 361 del C.C. no obstante de que no medía el consentimiento del marido, sin embargo este es progenitor y padre del nuevo ser tendrá una filiación matrimonial tal cual se tratase de una filiación natural. Al respecto la profesora española Ma. Jesús Moro Almaraz* citando a SATOSVOSSO sostiene:

“...sin llegar a tanto, se trata de una disposición ilícito por terceros de un producto orgánico del marido y ella podrá dar lugar a una reparación.

Resulta en cambio menos aceptable la no atribución de paternidad ¿de quién será el hijo?

No habría posibilidad de una atribución alternativa porque no intervino donante”.

C. FILIACIÓN DE LOS NACIDOS A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA EN PAREJA ESTABLE NO CASADA.

De acuerdo a la normativa vigente todo hijo concebido y nacido fuera de matrimonio es hijo extramatrimonial (Art. 386 C.C.). En esta técnica de reproducción asistida humana se presenta 2 hipótesis.

1. La Inseminación Artificial Homologa practicada con el consentimiento del conviviente.

El hijo tendrá una filiación extramatrimonial determinada:

- a. Por el reconocimiento del padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos, en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento. Si el varón conviviente reconoce como hijo suyo a través de las formalidades contenidas en el Art. Del C.C. no se plantea ningún problema.
- b. Por sentencia declaratoria de paternidad o la maternidad. En la eventualidad de que el varón conviviente se negase a reconocer como hijo suyo al nuevo ser, no obstante haber prestado su consentimiento para la Inseminación Artificial Homóloga, la filiación extramatrimonial del hijo tendrá que llevarse a cabo a través de un proceso judicial de conocimiento, sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna; a través de la investigación judicial de la paternidad podrá actuarse diversas pruebas con toda la amplitud a fin de actuarse diversas pruebas con toda amplitud a fin de

acreditar alguno (s) de los presupuestos o propiamente presunciones contenidas en el Art. 402 del C.C. fundamentalmente el hecho de que el presunto padre hubiera vivido el concubinato con la madre en la época de la concepción extendiéndose que para este efecto el concubinato presupone que los convivientes sin estar casado entre si, hacen vida de tales o de ser el caso acreditado el vinculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otra prueba genética o científica con igual o mayor grado de certeza.

2. Inseminación Artificial Homologa realizada son el consentimiento del conviviente varón.

Este caso deviene en ilegal, pues, no existe consentimiento del varón. Precizando que en nuestra legislación civil la filiación queda determinada al nacimiento del nuevo ser y no al consentimiento positivo o no para la practica de la inseminación artificial la filiación extramatrimonial del hijo precisa que el padre de éste lo reconozca como tal salvo que se obtenga una sentencia favorable sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna en base a las presunciones contenidas en los incisos 1, 2, 3 y 6 del artículo 402 del C.C. según como corresponda.

Por su parte en el proyecto de Código Civil de 1998 se prescribe que, artículo 544: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos (300) días posteriores a su disolución por causa de muerte. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que nazca después de los trescientos (300) días de la presentación

de la demanda de anulación del matrimonio, de separación judicial o de divorcio, si éstos fueron decretados, o de la separación de hecho de los cónyuges. No obstante, el hijo es matrimonial si se demuestra la paternidad del marido y el nacimiento se produce antes de los trescientos (300) días contados desde la disolución del matrimonio”⁷¹.

4.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O REPRODUCCIÓN *IN VITRO* HETERÓLOGA Y LA FILIACIÓN DEL NUEVO SER:

La inseminación artificial heteróloga (I.A.D.) presenta problemas más complejos y parcialmente no brinda seguridad la realización de dicha practica, al establecimiento de una relación jurídica familiar solida, pues, el carácter heteróloga supone la introducción de material genética de una persona llamada donante en el ámbito del matrimonio o de la pareja estable, radicando en este hecho la diferencia respecto de la inseminación artificial homóloga desde una perspectiva científica.

Este tipo de reproducción asistida es una suerte de solución o remedio a la esterilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos. Desde una perspectiva ético-jurídico inclusive es aceptado; así Varsi Rospigliosi citando a Luigi Lombardi señala que: “A efectos de su permisibilidad debe verificarse a) la infecundidad de la pareja, (no superable ni siquiera con la FEC), b) la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria⁷² c) que la pareja sea capaz de adoptar y d) que previamente haya realizado de manera

⁷¹ Cabe apuntar que el artículo 542 de dicho proyecto indica que el “Carácter de las presunciones. Las presunciones establecidas en materia de filiación admiten prueba en contrario”.

⁷² En ese sentido nos dice Boza Dibos: “Las nuevas técnicas proporcionan un tratamiento eficaz para la gran mayoría de parejas infértiles, permiten que quienes temen transmitir malformaciones genéticas puedan tener hijos que están biológicamente relacionados por lo menos a uno de los padres, y otorgan a la pareja un mayor control sobre su actividad procreativa”. BOZA DIBOS, *op. cit.*, p. 77.

infructuosa un procedimiento de adopción”⁷³. También Taboada manifiesta su opinión favorable de la siguiente forma: “Pues bien, desde nuestro punto de vista las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas no sólo satisfacen la necesidad social relevante de la procreación, sino que además permiten que determinadas parejas puedan llegar a ser padres cuando el material genético de uno de los que las conforman es deficiente. No nos parece que el hecho de utilizar material genético de un tercero sea un elemento que sirva para privar de legitimación jurídica [a] dichas técnicas. No aceptamos ningún argumento de orden supuestamente moral, religioso o de orden psicológico en contra de su legitimación. Sería absurdo e injusto calificarlas jurídicamente como actos ilícitos y menos aún considerarlas como hechos intrascendentes o irrelevantes. Por ello, nuestra posición es que las mismas deben ser también consideradas como negocios jurídicos tipificados legalmente, debiendo ser por lo demás rigurosos en lo que se refiere a sus requisitos legales. Dicho de otro modo, las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas deben ser también contempladas como negocios jurídicos típicos en el sistema jurídico nacional por cumplir una función socialmente relevante y digna, debiendo en todo caso ajustarse a rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido por su aplicación”⁷⁴.

Aunque en la doctrina nacional también se encuentran opiniones contrarias a las de Varsi y Taboada; por ejemplo Cárdenas nos dice que: “los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse [la fecundación heteróloga] se daría el caso de un hijo qué, genéticamente, lo

⁷³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁴ TABOADA, *op. cit.*, p. 188.

sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros”⁷⁵.

La inseminación artificial heteróloga (I.A.D.) presenta problemas más complejos y parcialmente no brinda seguridad la realización de dicha práctica, al establecimiento de una relación jurídica familiar sólida, pues, el carácter heteróloga supone la introducción de material genético de una persona llamada donante en el ámbito del matrimonio o de la pareja estable, radicando en éste hecho la diferencia respecto de la inseminación artificial homóloga desde una perspectiva científica.

A esto debe sumarse que en la ya indicada “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y dignidad de la procreación”, a este respecto se señala que “el respeto de la unidad del matrimonio y de la fidelidad conyugal exige que los hijos sean concebidos en el matrimonio; el vínculo existente entre los cónyuges atribuye a los esposos, de manera objetiva e inalienable, el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente el uno a través del otro”. Agrega dicho documento de la Iglesia Católica que “el recurso a los gametos de una tercera persona para disponer del espermatozoide o del óvulo constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad”. “La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos”, resultando en suma con un juicio negativo para este tipo de fecundación, estimándose “moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el espermatozoide de un donador distinto de su marido, así como la

⁷⁵ Añade este autor que “En tales situaciones, no podría excluirse que se presentara la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamara la maternidad del hijo concebido con aquél; o que el dador del semen reclamara la paternidad del hijo concebido; o que ambos lo hicieran”. CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 197.

fecundación con el espermato del marido de un óvulo no procedente de su esposa”.

Ahora bien, tratándose de la inseminación artificial heteróloga se debe diferenciar entre si el material genético donado es el del varón o de la mujer para saber si tal posibilidad está permitida en nuestro país esto por cuanto en el ya citado Art. 7 de la Ley General de Salud que indica que **“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona...”**.

Entonces a la letra de esta norma si el material genético corresponde al varón si estaría permitida la fecundación heteróloga mientras que si el material genético “donado” correspondería a la mujer, la fecundación heteróloga estaría prohibida por cuando no habría coincidencia entre la madre genética y la madre gestante⁷⁶.

Tratándose de la inseminación artificial heteróloga realizado con el componente genético (gametos masculinos) de una persona llamada “donante” ajeno al matrimonio o pareja estable, esto es que la mujer sea marido conlleva a los siguientes problemas y consecuencias de orden jurídico.

A. Caso en que el marido otorga su consentimiento para la realización de la inseminación artificial heteróloga con componente genético (gametos masculinos) de un tercero llamado “donante”.

Ajeno al matrimonio y el nuevo ser nace dentro del matrimonio, el hijo será descendiente genético de donante

⁷⁶ Aunque los registros parlamentarios peruanos dan cuenta del proyecto de ley N° 11082 del 04 de agosto de 2004 por el cual, entre otras disposiciones, se proscriben la fecundación heteróloga y se regula la homóloga.

(“hijo biológico”), pero, “Hijo legal” del marido de su madre. El hijo tendrá filiación matrimonial si nace dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disposición a tenor de lo dispuesto en el artículo 361 del C.C., la filiación será extramatrimonial si el nacimiento ocurre fuera del matrimonio, esto en el ámbito de la unión de hecho (convivencia).

En la práctica de esta técnica de reproducción asistida humana tiene trascendental importancia el consentimiento que preste el marido, pues ello determina que asuma la paternidad legal aunque no sea el “padre biológico”, vale decir, el progenitor.

De acuerdo a la legislación comparada y a la doctrina especializada sobre el tema actualmente existe la tendencia de atribuir una paternidad –maternidad legal basada en el consentimiento libre y voluntaria del cónyuge en aquellos casos en que interviene un “donante” del componente genético (gameto masculino o femenino) ajena al matrimonio o pareja estable así Rivero Ibáñez citado por Hernández Ibáñez* dice: “que entiende que el elemento más importante en la determinación de la filiación como categoría jurídica- formal, es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos”. Sin embargo, esta posición doctrinaria no es unánime, pues existen algunas posturas divergentes, unos sostienen que sería preferible recurrir al reconocimiento de paternidad lo que presupone que el hijo sería no matrimonial en razón de que interviene una mujer casada y un varón desconocido donante del semen; en tanto que otro cree que sería mejor que se adoptara al nuevo ser nacido por esta práctica siempre y cuando hubiera mediado consentimiento del marido.

Haciendo un estudio de las soluciones de lege data de nuestra legislación civil, esto es de las normas contenidas en nuestro actual Código Civil Peruano respecto del caso propuesto (inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido) respecto de la filiación del nuevo ser, esta no ofrece mayor problema, pues la filiación se reputa matrimonial a tenor de lo dispuesto en el Art. 361 del C.C., sin embargo nos preguntamos cual sería la solución de lege data si el marido no obstante de haber prestado su consentimiento para la realización de dicha práctica, luego de nacido el nuevo ser pretende desconocer la paternidad? Consideramos que la filiación seguirá siendo la matrimonial, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico civil consagra un sistema “cerrado” riguroso basado en causas o supuestos restringidos contenidos en el Art. 363 del C.C., por lo que no dándose los supuestos contenidos en el Art. Acotado y mediando el consentimiento del marido la filiación será matrimonial fundamentándose en un vínculo de parentesco puramente civil respecto del marido, quien será considerado “padre legal”.

Es preciso señalar que la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant* contenida en el Art. 361 del C.C. operará a plenitud cuando el nacimiento ocurre después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución.

Otro aspecto importante ha considerar es el hecho de que si el marido no obstante al haber prestado su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga pretende luego de nacido el nuevo ser, negar la paternidad consideramos que esta no prosperará toda vez de que prima el consentimiento y la presunción *pater is*, tanto más cuando en un sistema

cerrado de negación de la paternidad como el nuestro no existe causal que haya viable dicha pretensión.

Al respecto le legislación boliviana a través de su C.C. como el de Victoria en Australia son uniformes al respecto. En el caso peruano existe la propuesta a través de lo que se denominó “Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida” en considerar que “El marido que ha dado su consentimiento para la fecundación de su mujer con semen de dador no podrá impugnar la paternidad”.

- B. Caso en que el marido no haya otorgado su consentimiento. En el caso de que la cónyuge se someta a esta práctica de inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido. La doctrina a diferencia del caso anterior es unánime y uniforme en sostener, de que al hijo no puede atribuírsele una filiación matrimonial, pues, no existe la categoría jurídico formal de la voluntad o decisión por parte del marido que ese ser naciera.

Además de no darse el presupuesto biológico, pues el marido no ha aportado el componente genético (gametos masculinos) por lo que doctrinariamente no puede atribuirse al marido una paternidad que no le corresponde como consentimiento de una decisión unilateral adoptada por la cónyuge respecto de la descendencia de un matrimonio.

Hasta antes de la dación de la ley 27048 (Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad) el Código Civil peruano consagrada un sistema legal “cerrado” de negación de la paternidad por el cónyuge el código sustantivo ha contemplado únicamente como causales de negación de la

paternidad (presumida legalmente) las establecidas en el Art. 363 Incisos 1, 2, 3 y 4 y así se producía una situación de iniquidad respecto del marido como la afirma Rubio Correa*.

“Se produce aquí una situación abiertamente inequitativa con el marido: Se le imputa una paternidad por razones formales, en la que no tiene vínculo genético, pero además sobre la cual no ha sido ni siquiera consultado (o a la que hasta puede haber rechazado expresamente). La decisión producir la concepción ha sido exclusivamente atribuible a la mujer o a ella y al tercer donante del semen”.

Con la dación de la Ley 27048 y en estricta observación la doctrina uniforme, hoy en día queda abierta la posibilidad de que el marido interponga la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad al amparo del Art. 362° incisos 5 y así pueda negar al hijo de su mujer cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo paternal. Por consiguiente la filiación del ser que nazca mediante inseminación artificial heteróloga sin mediar consentimiento del marido debe ser refutado como hijo extramatrimonial respecto de la madre no teniendo por padre al marido del su cónyuge en una solución de lege ferenda sin embargo frente al problema debemos precisar una solución de lege data en tanto y en cuanto al marido no impugne la paternidad por alguna de las causales previstas en el Art. 363° del C.C. vigente (modificado por ley N° 27048) y dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente (Art. 364° del C.C.) y no obtiene sentencia favorable de la impugnación, el status

jurídico del nacido por medio de esta técnica de reproducción humana asistida será la de una filiación matrimonial en estricta observación al artículo 361° del C.C. vigente (el hijo nacido dentro del matrimonio dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido) aunque la madre declare que no es de su marido o sea declarada como adúltera (Art. 362 del 362 del C.C.), no obstante de que el marido no haya otorgado su consentimiento voluntario para la concepción del nuevo ser ni haya aportado el componente genético masculino.

Por lo que consideramos recomendable que se replantee nuestro sistema legal “cerrado” de impugnación de paternidad considerándose como una causal más de negación de la paternidad. (Art. 363 del Código Civil Peruano) el hecho de que el marido no haya prestado su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga o en todo caso se opte por un sistema legal “abierto” de impugnación, pues debemos tener presente que las causales señaladas taxativamente en nuestro sistema “cerrado” (Art. 363° del Código Civil) no admite extensión analógica mostrando la falencia de nuestro sistema impugnatorio.

En el caso de que el marido no haya prestado su consentimiento para la realización de dicha practica y aunque la madre la madre declare este hecho, si el marido no niega la paternidad por las causales contempladas en el Art. 363 del Código Civil y no vence en la acción es considerado legalmente el padre del niño por presunción de lo dispuesto en el Art. 362° del Código Civil que establece que “el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como

adultera” la filiación del nuevo ser quedará determinada por lo dispuesto en el Art. 361° del Código Civil que dice: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, el artículo acotado contiene la presunción *pater in quem nuptiae demostrant*, la misma que no se funda en la consanguinidad sino en el vínculo estrictamente jurídico formal; en consecuencia y en el caso propuesto la determinación de la filiación del nuevo ser que nazca será la de un hijo matrimonial teniendo por padre legal al marido de la cónyuge, no obstante que el nuevo ser es “hijo biológico” es decir, descendiente genético del donante que aportó los gametos masculinos. La filiación matrimonial del hijo está determinada por un vínculo de parentesco civil.

En nuestro caso propuesto la maternidad no acarrea problemas, pues generalmente es la misma mujer la que aporta el óvulo y da a luz.

Es importante precisar que el Código Civil a través del artículo 363° considera únicamente como causales de negación de la paternidad los siguientes: cuando el hijo nazca antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio cuando sea manifiestamente imposible que el cónyuge haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al de nacimiento del hijo; cuando está judicialmente separado dentro de los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo y cuando el cónyuge adolezca de impotencia absoluta. Como se aprecia el artículo 363° del C.C. limita el ejercicio de la acción de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya otorgado su consentimiento para la práctica

de la inseminación artificial heteróloga realizada por su mujer, por lo que es conveniente que en nuestro código sustantivo se contemple próximamente causal de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya consentido con la inseminación artificial heteróloga, pues, de lo contrario y bajo los términos y alcances del Art. 363° del C.C. la inseminación heteróloga sin negación de la paternidad por el marido dará lugar a un hijo matrimonial.

Entre los problemas más importantes se cuentan los siguientes:

- **La filiación del menor, el derecho a su intimidad y del o la donante**

Es también un derecho constitucional que le asiste a la persona, consagrado en el Art. 2° inciso 7 de la Constitución Política del Perú.

La palabra intimidad etimológicamente proviene del adverbio latín *intus* que traducido significa por adentro, o hacia adentro. De tal manera que *intimus* debe traducirse como algo recóndito, profundo del ser.

Al respecto Juan Morales Godo señala. "El ser humano toma conciencia de la vida privada (o íntima como la denomina nuestro sistema jurídico) cuando se percata de su individualidad, cuando percibe que ha sido lanzado al mundo para que se construya a sí mismo, cuando su libertad está condicionada más que por el pasado, por el futuro que debe diseñar (*sic*)⁷⁷.

⁷⁷ MORALES GODO, Juan. "Control de la información de la vida personal y familiar". En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I, p. 158.

El derecho a la intimidad tiene su origen, como derecho autónomo en 1890, cuando 2 jóvenes abogados norteamericanos, Samuel Warren y Lovis Brandeis escribieron el ensayo "*The right to privacy*", en el que fundamentan la presencia de un espacio en la existencia del ser humano libre de intromisiones, que debe ser respetada y por ello la necesidad de su protección legal".

Precisando que entre vida privada e intimidad existe un distingo fundamental pues el primero es el género dentro del cual queda inmerso la intimidad como aspecto específico. Sin embargo nuestro sistema jurídico indistintamente optó por la terminología de intimidad sin más distingo.

Dentro del contexto jurídico se colige que por el derecho a la intimidad que el ser humano goza ninguna persona puede entrometerse en su recóndito o esfera individual salvo por razones de interés social o de orden público.

A decir de Clara Mosquera Vásquez:

"La intimidad no solo se refiere a la esfera de la reserva del individuo sino que abarca mucho más, llegando a su esfera genética. Me explicó, así como nadie puede hurgar en la esfera privada de ninguna persona sin previo consentimiento, nadie puede sin previo consentimiento descifrar el código genético de determinada persona. O si ya lo hizo, claro está, previo consentimiento expreso, no debe divulgar los resultados sin autorización, debiendo ser mantenidos estos en secreto".

Consecuentemente en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida el derecho a la intimidad también se encuentra vigente, abarcando inclusive el ámbito de la esfera genética entendida como el derecho a la intimidad genética. Por lo que cabe preguntarse ¿en qué

medida el médico puede revelar los datos genéticos que obtiene de sus pacientes?. Al respecto coincidimos con Malaespina cuando nos indica que “la decisión estará librada al arbitrio de quien se ha sometido al estudio genético”⁷⁸.

Ahora bien, cabe preguntarnos cuál es el ámbito de convergencia entre el derecho a la intimidad y las técnicas de reproducción humana asistida. Consideramos que el ámbito en el que ambos tópicos se intersecan está conformado por lo siguiente puntos:

- **Intimidad del menor procreado aplicando las TERAS.**

Respecto de este primer punto ni el artículo constitucional previamente indicado ni el artículo 14 de nuestro Código Civil contemplan disposición alguna para proteger el dato de los menores que han sido concebidos aplicando alguna técnica de reproducción humana asistida.

Así es necesario regular el hecho que no se debe indicar en ningún documento público —como sería el caso de la partida de nacimiento— que el menor ha sido concebido mediante alguna TERA, quedando el resguardo de dichos datos a cargo de las instituciones médicas que las han aplicado. Asimismo ésta entidades prestadoras de servicios de salud sólo revelarán los datos concernientes a la procreación del menor ante autoridad administrativa o jurisdiccional competente en los casos que especifique la ley o cuando sea razonable que se entregue dicha información, como es el caso en el que esté en juego la salud o vida del mismo.

⁷⁸ MALAESPINA, María Laura. “Aproximaciones al estudio jurídico del genoma humano”. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2000, tomo 75, p. 40.

- **Intimidad del donador de gametos**

Aplicando supletoriamente las normas sobre donación referidas anteriormente, al caso de la donación de gametos masculinos en nuestro país rige el anonimato del donador, esto es concordante con la regulación de la filiación que priva de ligamen entre el donador y el hijo producto de su donación.

Ahora bien puede suscitarse un conflicto entre el derecho a la intimidad del donador y el derecho del menor a conocer su identidad, específicamente su identidad genética, conflicto que abordaremos cuando veamos el tratamiento que recibe la filiación.

- **La filiación del menor, el derecho a su identidad y del o la donante**

Como ya se ha explicado, en la fecundación o inseminación artificial heterólogas interviene un componente genético distinto al de la pareja, es este caso si uno, o incluso los dos, gameto no corresponde a la pareja, pero ésta lleva el embarazo, es indudable que la paternidad jurídica del nuevo ser le corresponde a ella, es decir que la pareja que se somete a la TERA es a la que le corresponde la maternidad y paternidad respectivamente, no creándose ningún vínculo entre el, la o los donantes y el nuevo ser. De tal forma que la pareja gestante es a la que el menor puede exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento)".

Esta conclusión queda descartada, **para el caso en que el gameto “distinto” sea del varón, con la aplicación de la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial** por cuanto en este supuesto nada impide

Salvo que el menor haya nacido en un matrimonio y el marido no haya impugnado la paternidad— que se declare la relación filial entre el donante del gameto y el nuevo ser, con todas las implicancias alimentarias, sucesorias y de otra índole que contempla el nuestra norma material.

Lo explicado en el párrafo precedente inmediato se explica en el es el adecuado respeto el derecho a la identidad del menor, derecho que según la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se considera de vital importancia para el desarrollo del niño en el seno de una familia la vinculación genética de él con ambos padres, ya que la fecundación heteróloga podría resultar dañina a la pareja⁷⁹.

Frecuentemente se hace evidente (de una u otra forma) que uno de los sujetos no ha participado genéticamente en la concepción del hijo, generando sentimientos de inferioridad en él que atentan contra la relación entre los integrantes de la pareja y, por lo tanto, también con ese hijo que nada tuvo que ver en aquella decisión pero que,

⁷⁹ Antes de seguir con el tratamiento de este supuesto convengamos en que las relaciones de parentesco en el caso que tratamos supone un nuevo sistema de presunciones y pruebas tendientes a acreditar la filiación (por ejemplo, la prueba de los grupos sanguíneos carecería de eficacia).

sin embargo, padece sus consecuencias genéticas y psicológicas⁸⁰.

Ahora bien, cabe preguntar si es que cabe que la mujer que se sometió un proceso de procreación asistida heteróloga – con gameto femenino distinto al suyo- puede impugnar su maternidad. Al respecto nuestro Código Civil a través del Art. 371° contempla la acción de desconocimiento de la maternidad facultando a la presunta madre a impugnar la maternidad en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo las cuales comportan modalidades de fraude en el nacimiento.

Como es de apreciarse la doctrina nacional y el derecho positivo peruano adoptó por un sistema cerrado de impugnación de la maternidad en caso que se dieran cualquiera de los 2 supuestos señalados y sólo se faculta ejercitar la acción a la presunta madre de lo que la posibilidad de desconocimiento o impugnación de la maternidad por parte del marido queda descartada en nuestro derecho positivo vigente.

Nos preguntamos en relación a la técnicas de procreación asistida propuesta en qué caso la presunta madre podría impugnar la maternidad. Consideramos que la presunta madre debiera estar facultada para impugnar la maternidad en el caso de que la Fecundación Extrauterina Heteróloga, haya sido aceptada mediando consentimiento del marido quién aporta su propio material genético (semen) e igualmente su cónyuge quien aporta su propio gameto femenino

⁸⁰ La Convención de los Derechos del niño señala que el niño tiene derecho a una identidad propia y aquí desde el inicio se le esta impidiendo conocer su origen, con el mecanismo de la donación anónima de gametos.

(óvulo) con la finalidad de someterse a dicha técnica de reproducción actuando la cónyuge como receptora; pero ocurre que posteriormente se determina científicamente que el óvulo utilizado en dicha práctica no ha sido de la cónyuge sino de otra mujer lo que conlleva a lo que se podría denominar una suerte de fraude en la realización de dicha técnica de reproducción al haber sido sustituido el gameto femenino (óvulo) de la cónyuge por otro. Por consiguiente el hijo genéticamente será de la mujer que no es su cónyuge y ésta será considerada como madre biológica por ser ésta la autora de la gestación y del parto y de acuerdo a nuestro derecho positivo vigente inclusive se le atribuirá la condición de madre legal del nuevo ser como una solución de *lege data* de acuerdo a nuestra legislación nacional que fundamenta la maternidad en los presupuestos referidos al hecho del parto e identidad del hijo consumándose así un injusto legal, pues, se le atribuye a la cónyuge del marido una maternidad que no le corresponde amén de que asuma una paternidad no respecto del hijo de su cónyuge sino de la otra mujer.

Por lo que una solución de *lege ferenda* debe de contemplar la posibilidad de impugnación de la maternidad por la presunta madre en el caso propuesto a la luz de las instancias éticas, jurídicas y científicas así mismo contemplar la responsabilidad civil del centro médico, o médico interviniente en la realización de dicha técnica de reproducción humana asistida que dolosamente o con negligencia cause perjuicios desde una perspectiva ética, moral y económica.

- **Maternidad subrogada:**

El vertiginoso avance científico de la fecundación *in vitro* deja abierta la posibilidad de la gestación a través de una mujer sustituta ajena a la pareja solicitante o contratante. Tradicionalmente solía conjugarse una sola mujer tanto la maternidad natural y la maternidad legal, hoy en día se determina la existencia de varias formas de maternidad, genética, gestante y legal característica propia de la F.V.T.E. y la T.S.G.

La maternidad biológica puede ser diferenciada en maternidad genética y maternidad gestante, en el primer caso es la mujer quien aporta el gameto femenino (óvulo con sus 23 cromosomas haploides) fecundado, en el segundo caso la mujer es quien gesta al nuevo ser a ella se le transfiere los gametos masculinos o se le implanta el preembrión desarrollando el embarazo. Ahora la maternidad biológica puede ser plena o parcial, será plena si la madre ha gestado al hijo con su propio gameto (óvulo), será parcial si sólo aporta su gameto (óvulos) en cuyo caso nos encontramos con la maternidad genética y si sólo aporta la gestación, pero no ambos⁸¹.

⁸¹ Con referencia a este punto Reyes Farfán nos dice "que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado tendremos la 'maternidad genética' - a partir de la aportación de la mitad de la información cromosomática- y por el otro, 'la maternidad gestacional' de quien cede su vientre. Empero, cuando la identidad de la donante del óvulo no coincide con la de quien contrata, se verificará la presencia de una tercera interesada: la 'madre de deseo'. Ahora bien, ¿quién será considera madre por la ley?; ¿qué repercusiones psíquicas aparecerá en el niño la circunstancia de ser separado de quien lo gestó?". REYES FARFÁN; Ana María. "**Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia**". Lima: 21 de noviembre de 2002, artículo publicado en la Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú y está disponible en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=257>

– **Concepto:**

Diversas denominaciones han sido utilizadas a fin de designar a la maternidad por otro. Así, en los Estados Unidos se alude a *surrogate mother*; en Francia, *mère porteuse* -madre portadora-, como también se habla de “madres sustitutas”, “maternidad por sustitución”, “gestación por cuenta de otros”. Según la definición del Informe Warnock consiste en la situación en la que: "Una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca"⁸². Por su parte Banda nos dice que es la situación en “la mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, situación que, sin embargo, podría ocurrir no solo en el caso que haya una verdadera incapacidad por parte de la mujer que desea procrear, sino que, estando capacitada para ello, no desea que el proceso de la gestación del nuevo ser se desarrolle en su propio cuerpo”⁸³.

En torno a esta técnica de reproducción⁸⁴ se han creado diversas agencias o sociedades a fin de viabilizar ésta práctica, es el caso de la sociedad “*Surrogate parenting associates*” en Luisville, Kentucky (Estados Unidos) se dedica al llamado “alquiler de útero” a través de una

⁸² Otra definición nos dice que “es cuando “una mujer fértil que acuerda, mediante ‘contrato’, ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo, o que se le implante un embrión -formado con un óvulo de la mujer contratante y el espermatozoides del esposo de la mujer contratante o formado con los gametos de una tercera pareja- para procrear y/o sobrellevar y dar a luz a la criatura.” Una vez nacida la criatura, es entregada a la mujer o pareja que encarga la gestación, renunciando la gestante a cualquier derecho maternal o de filiación con ese niño”.

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE, *ob. cit.*, p. 204.

⁸³ BANDA VERGARA, Alfonso. “**Dignidad de la persona y reproducción humana asistida**”. En: Revista Jurídica. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, N° 9, p. 10.

⁸⁴ Beatriz boza nos explica que la maternidad subrogada, madre sustituta o cesión o alquiler de vientre no es propiamente una forma de concepción artificial, así fungiría la madre sustituta como una incubadora.

BOZA DIBOS, Beatriz. “**Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la ‘reproducción humana asistida’**”. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1991, N° 45, p. 75.

madre sustituta que luego de gestar y alumbrar al nuevo ser abandonaba al niño y era entregado a la pareja solicitante de dicha práctica y así existen diversas entidades de este tipo con ligeras variantes como en Francia la "*Association Nationale pour l'insémination artificielle por substitution*" y otros como "*Alma mater*" "*Sainte Sarah*".

El accionar de estas entidades en muchos casos ha sido prohibido por los órganos jurisdiccionales en Francia, Inglaterra y Alemania por graves controversias jurídicas que plantea la realización de esta técnica.

– **Clases de maternidad subrogada:**

La doctrina considera 2 clases de maternidad subrogada los mismos que comparten básicamente los 2 presupuestos de maternidad subrogada.

- a) Madres por subrogación.- En el caso de que la mujer fértil acuerda ser inseminada con el semen de un hombre casado y llevar a cabo la gestación de la criatura para finalmente al nacer ésta hace entrega del nuevo ser por consiguiente es madre genética, gestante (maternidad biológica plena) y generadora⁸⁵.
- b) Madres “portadoras” o “sustitutas”.- Comúnmente llamadas “madres de alquiler”. Por esta clase de maternidad una mujer que no puede gestar, pero, sí producir óvulos contrata con otra -la madre de alquiler- para que se implante en el útero de ésta un

⁸⁵ Algunos consideran que este supuesto se trataría prácticamente de la "venta de un hijo", mas que de un caso de maternidad subrogada.

embrión creado *in vitro* con gametos que puede ser de la pareja contratante o de donantes⁸⁶.

En este caso quien da a luz al nuevo ser será la madre de alquiler y la que aportó el gameto femenino podría ser considerada e incluso llamada madre genética.

Mosquera Vásquez nos dice:

"En este marco pueden presentarse seis variantes en el "alquiler de útero".

- 1) Cuando tanto el semen como el óvulo proviene de la pareja "contratante".
- 2) Cuando el óvulo proviene de la esposa "contratante" y el semen de un "cedente".
- 3) Cuando el óvulo pertenece a un cedente y el semen al esposo "contratante".
- 4) Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de cedentes.
- 5) Cuando el óvulo proviene de la "madre de alquiler" y el semen del esposo "contratante".
- 6) Cuando el óvulo proviene de la "madre de alquiler" y el semen de un cedente"⁸⁷.

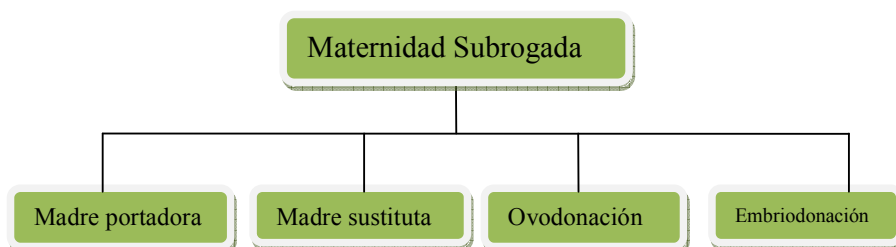
Formas que puede presentar la maternidad subrogada:

En principio debemos de señalar que la denominada maternidad subrogada puede adoptar o realizarse de diversas formas. Al respecto es ilustrativo e importante

⁸⁶ Siguiendo a Zannoni, consideramos que el verdadero caso de maternidad por otro se plantea en la segunda hipótesis mentada, en la cual se produce una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante.

⁸⁷ MOSQUERA VASQUEZ, Clara. **Derecho y Genoma Humano**. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 48.

el gráfico y análisis que realiza el Doctor: Enrique Varsi Rospigliosi de manera didáctica cuando trata lo concerniente a la maternidad subrogada y señala: “La maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas. Veamos en el siguiente gráfico:



Análisis:

a) Madre portadora

La mujer genera óvulos pero tiene una definición uterina o física que le impide gestar; por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso sólo de préstamo de útero dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera.

Casos extremos son el de la doble maternidad portadora, como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una mujer. Las dos madres genéticas no podían engendrar hijos por padecer del corazón, en un caso y por carecer de útero, en el otro.

b) Madre sustituta

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar; es decir hay *deficiencia ovárico y uterina*, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante, en este caso no hay maternidad por sustitución, podríamos considerarlos como una derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente.

c) Ovodonación

La mujer tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos pero sí puede gestar; por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Óvulo de una mujer cedente, y 3) Gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.

d) Embriodonación

En este caso se presente una infertilidad en la pareja, tanto hombre como mujer. La mujer no genera óvulos pero puede gestar, adolece de una *deficiencia ovárica*, mientras el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que facilite su óvulo, para ser fecundado. Es un caso especial de procreación humana la cesión de un embrión. Se produce un caso de

multigeneración humana. 1) El embrión es de una pareja cedente, 2) El marido es infértil, y 3) El embrión es gestado por su mujer. La madre genética o procreante no es la misma que la gestante o biológica, a lo que suma el problema de la paternidad, que no le corresponderá al marido.”⁸⁸

– **Problemas jurídicos que plantea la maternidad subrogada en relación al nuevo ser:**

Los problemas que se presentan son diversos, los principales se circunscriben a los siguientes:

- 1) Que la madre gestante quiera quedarse con el nuevo ser.
- 2) Que la madre gestante, ni la contratante quieran quedarse con el nuevo ser, por adolecer éste por ejemplo, de problemas eugenésicos.
- 3) Que durante la gestación se advierta ciertas anormalidades del concebido y la pareja contratante pretenda el aborto terapéutico, negándose a dicha práctica abortiva la gestante.
- 4) Que se disuelva el vínculo matrimonial de la pareja solicitante (estéril) durante la etapa de embarazo de la gestante considerando que la cónyuge no aportó el gameto femenino (óvulo).

– **La primera casación sobre reproducción humana asistida en el Perú (caso de “Inseminación Artificial” y “Ovodonación”)** Es de destacar la primera casación

⁸⁸ VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho Médico Peruano”, 2º Edición actualizada ampliada y revisada, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima-Perú, 2006, pp.248-249

sobre reproducción humana asistida en el Perú publicada en el boletín de casaciones del Diario Oficial “El Peruano” el 3 de setiembre del 2008, por el cual la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República mediante la Casación N° 5003-2007-Lima su fecha 06 de Mayo del 2008 resuelve por vez primera una controversia judicial en el cual la pretensión de fondo era la impugnación de un reconocimiento de maternidad como consecuencia de la aplicación de dos técnicas de Reproducción Humana Asistida denominadas “Inseminación Artificial” y “Ovodonación”. Se trata de un caso por el cual doña: Mónica Cedelinda Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas en representación legal de dicho menor interpone una demanda sobre impugnación de reconocimiento de maternidad contra María Alicia Alfaro Dávila por el reconocimiento de maternidad efectuado por la mencionada María respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor y que fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los gametos masculinos (espermatozoides del cónyuge de la recurrente Custodio Olsen Quispe Condori) sin el consentimiento de éste mediante la aplicación de la técnica de reproducción asistida denominada “ovodonación” la que no ésta permitida en el Perú conforme a lo previsto en el Art. 7° de la Ley General de Salud.

Este caso fue resuelto por la Suprema Sala Civil mencionada vía Recurso de Casación, interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, en representación de su menor hijo ya mencionado, precisando que los fundamentos por los cuales sea

declarado procedente el recurso fue por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso argumentándose la contravención de los Art. VI del Título Preliminar y 399° del Código Civil así como del Art. VII del mencionado título del Código Civil Adjetivo. Como se advierte en aquel entonces los recursos extraordinarios de Casación para su procedencia se basaban bien en los errores in iudicando o improcedendo, siendo ésta última la invocada por la mencionada demandante. Conforme es de apreciarse in extensu de la casación en mención la misma que forma parte de la presente Tesis en calidad de anexo, la decisión de la Suprema Sala fue la de declarar **FUNDADO** el Recurso de Casación Interpuesto por la demandante en representación del referido menor **NULA** la Resolución de Vista, **INSUBSISTENTE** la apelada y ordenaron que el Juez de la causa expida nueva Resolución estando a los considerandos precedentes, disponiendo a su vez la publicación de la Resolución en mención (Casación en el Diario Oficial “El Peruano”).

Como es de apreciarse respecto de la Resolución en mención (Casación) debemos de señalar que no se ha pronunciado la Sala Civil Suprema sobre la pretensión de Fondo sino se pronunció en el sentido de aceptar la intervención de un tercero (esto es de un medio hermano que acreditó su entroncamiento familiar) con la finalidad de pretender impugnar un reconocimiento de maternidad extramatrimonial es evidente que el pronunciamiento de la mencionada Sala se pronuncia sobre aspectos formales más no del fondo de la pretensión, esto precisamente en virtud de la causal invocada ya mencionada para la procedencia del

recurso de la Casación y en efecto se pronuncia aceptando la intervención de un tercero legitimado, esto del medio hermano que acreditó el entroncamiento familiar con la menor nacida fruto de una “Ovodonación”; con la finalidad de poder impugnar el reconocimiento de maternidad extramatrimonial efectuada por doña María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila.

Conforme se advierte, lo que se pretendería es que dicha menor se quede sin madre y ello es de advertir por cuanto el óvulo a través del cual fue procreada es de desconocido origen genético, lo cual es obvio y evidente que no la favorece a dicho menor; por lo que se advierte que con ésta demanda –como reiteramos- se pretendería dejar a la menor sin madre legal, contraviniéndose nuestro Ordenamiento Jurídico Civil que establece que la maternidad se determina por el hecho del parto y el correspondiente nacimiento de la menor consideramos además si bien es cierto la Ovodonación puede ser ilícita, prohibida, proscrita por nuestra Legislación e inclusive por el Derecho, pero si de hecho se aplica no puede perjudicarse al recién nacido como consecuencia de la aplicación de dicha técnica; pues consideramos que debe prevalecer en este caso el Art. 409° del Código Civil que señala: “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”, consecuentemente considero aún la disidencia a la Ley General de Salud que procura que la maternidad gestante coincida con el hijo nacido de la madre genética; no es óbice para que en virtud del Art. acotado, y reafirmando el viejo bocado romano de que la maternidad se determine por el hecho

de parto, se considere a la madre que llevó a cabo el proceso de gestación y parió a dicha menor como la madre legal.

– **Incidencia de los contratos de maternidad subrogada o asistida:**

Tanto en la doctrina nacional y extranjera pueden citarse innumerables casos en los que se han celebrado contratos de maternidad subrogada y los problemas que ellos suscitan, pero hasta ahora no se habían registrado casos en nuestra realidad.

Así en la doctrina nacional Fernández Ruiz y Seminario Sifuentes relatan un caso norteamericano de la siguiente forma: “En la madrugada del 7 de noviembre de 1985, en Maldren (Massachussets), Sherry King dio a luz a una niña que, biológicamente es su hija, pero jurídicamente era su sobrina. Esta situación se produjo porque la señora Carola Jalbert debido a una histerectomía (extracción del útero) no podía tener hijos. Sin embargo, para la familia Jalbert aún quedaba una esperanza. Para ello Sherry, la hermana de Carola, quedó embarazada porque se le inoculó el esperma de su cuñado Ernie Jalbert. Pero lo que no previeron los Jalbert fue que Sherry tomará la decisión de no entregar a la niña, argumentando que era la madre gestante”⁸⁹.

Finalmente en nuestro país también se puede comprobar que la reproducción *in vitro* viene siendo utilizada, por ejemplo el Hospital Docente Madre Niño San Bartolomé – ubicado en la avenida Alfonso Ugarte, Cercado de Lima–

⁸⁹ FERNÁNDEZ RUIZ, Paulo César y Silvana SEMINARIO SIFUENTES. “Deficiencia en la regulación de las teras en nuestra legislación”. En: *Ius*. Universidad Privada del Norte. Trujillo: 2004, N° 5, disponible en: <http://www.upnorte.edu.pe/ius/04/art06.htm>

a través de su servicio de Reproducción Humana ahora evalúa y trata también casos de infertilidad de alta complejidad gracias a un convenio con el Instituto de Ginecología y Fertilidad. Se estima de acuerdo a cifras proporcionadas por el Centro de Fertilidad Procrear. En el Perú se estima todavía para el año 2005 – de acuerdo a cifras proporcionadas por el Centro de Fertilidad Procrear– se estaría dando el nacimiento 1800 niños como consecuencia de la aplicación de la fertilización *in vitro*⁹⁰.

Mientras que en lo referente a la denominada maternidad subrogada diversos medios de comunicación social en nuestro país han puesto al descubierto toda una red de profesionales médicos que ofrecía a través del *internet* los llamados “vientres en alquiler”.

Todos estos datos no hacen sino confirmar que en nuestro país se viene utilizando las diferentes técnicas de reproducción asistida sin la menor regulación por lo que se hace imprescindible subsanar tal situación.

– **Validez jurídica del contrato de maternidad subrogada o asistida:**

Nuestro Código Civil vigente regula la figura jurídica del contrato a través del Art. 1351 como: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

⁹⁰ Estos mismos datos fueron también publicados en la edición limeña del Diario Correo, correspondiente a la misma fecha. Mientras que para el caso argentino, la página *web* La infertilidad da cuenta de que el diario bonaerense Clarín afirma que en el 2006, 5000 serían los niños que han nacido en el país del Río de la Plata producto de que los tratamientos de infertilización.

Record de tratamiento de fertilización en el 2006, disponible en <http://www.lainfertilidad.com/default.asp?seccion=68&idRep=1000>

Algunos autores consideran que el denominado -impropiamente- “contrato de maternidad subrogada” tiene por objeto el “alquiler de útero o de vientre” de una mujer para que ésta aportando el óvulo o con la de una donante geste al niño por consiguiente se pretendería considerarlo como un contrato de arrendamiento, al amparo de nuestro Código Civil vigente a través del Art. 1666 (Libro fuentes de las Obligaciones que expresamente dice: “Por arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”. En consecuencia pretender considerar como objeto de este “contrato” el “alquiler de útero” de una mujer con la finalidad ya indicada sería una grave aberración jurídica porque si bien es cierto no ofrece problema alguno el libre consentimiento que se preste para gestar un niño o la forma que se adopte, pero, si plantea problemas el objeto y la causa de dicho “contrato”, pues por éstas el contrato es ilícito ya que en principio los órganos están fuera del comercio de los hombres, estando, prohibido los actos de disposición del cuerpo humano a cambio de una contraprestación económica, pues se atenta contra la integridad psico-somática, se constituye un atentado contra los artículos 5,6 y 7 del C.C. Libro: Derecho a las Personas)⁹¹ y los servicios a prestarse son contrarios a las buenas costumbres⁹².

⁹¹ En ese mismo sentido nos dice Medina que “Personalmente, nos hemos expedido afirmando que, en principio, la maternidad por sustitución es inmoral y contraria al orden público, por cuanto la misma no respeta el interés del niño, al mismo tiempo que disocia voluntariamente la maternidad, contrariando el orden público al generar inseguridades con respecto a la filiación, y disponer derechos indisponibles e irrenunciables. Ello amén de la ilicitud del ‘alquiler del propio útero’ -ya que se trata de un objeto que se encuentra fuera del comercio-, y de la inmoralidad ínsita en la recurrencia a tales procedimientos por parte de la madre genética que pretende evitar los ‘inconvenientes’ derivados de la maternidad”.

⁹² La Iglesia Católica, a través de la Instrucción sobre "El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", se plantea la siguiente interrogante y se da la respuesta consiguiente: "Es moralmente lícita la maternidad 'sustitutiva'? No, por las mismas razones que llevan a

Lledó Yagüe sostiene:

"... que el contrato con la portadora resulta a todas luces ilícito porque, entra otras razones, la capacidad generativa es indispensable, intransferible y personalísima. Esta fuera de la autonomía de la voluntad de las partes porque atenta con los principios de orden público pretender arrendar el uso de un útero durante nueve meses de gestación"⁹³.

Algunos autores especialistas en la materia consideran que es preferible denominarlas cesión de útero, otros creen que tal "contrato" deben ser incluido dentro de los llamados contratos innominados, y otros consideran que se trata de un contrato de servicios de incubación en útero ajeno.

Nosotros desde la perspectiva de nuestra legislación vigente consideramos que el nombre o denominación que pueda adoptar dicho contrato es lo de menos, pues por su objeto y por su causa dichos contratos son nulos sean gratuitos u onerosos⁹⁴, por las consideraciones antes ya expuestas por consiguiente la madre portadora no estará obligada a hacer entrega del hijo ni sería pasible de una indemnización por daños y perjuicios por su negativa⁹⁵.

rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana", y a continuación agrega que "la maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen".

⁹³ LLEDÓ YAGÜE, F. **Reflexión Jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana**. "La Ley" N° 177, 1985, p. 4.

⁹⁴ Tal como anteriormente apuntáramos en nuestro país existe el proyecto de ley N° 11082 que, entre otros aspectos, prohíbe "toda forma de maternidad subrogada".

⁹⁵ Claro que en la doctrina nacional existen posiciones a favor de esta posibilidad como la de Bullard Gonzales para quien, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, "El aceptar que se contemple dentro del sistema contractual la posibilidad de ceder la capacidad reproductora de una persona, mediante convenios de subrogación de maternidad o alquiler de vientre, puede tener

4.3.- Determinación de la filiación de los nacidos de un contrato de maternidad subrogada o asistida:

Consideramos que la filiación materna o "*status filii*" del nuevo ser que nazca de un contrato de maternidad subroga o asistida concebido dentro del matrimonio de acuerdo a nuestra legislación vigente está sustentado por el principio clásico inspirador de la normatividad jurídica sustantiva, esto es el principio "*partus sequitur ventrem*" acreditada por el hecho del parto y por consiguiente determinada por el principio de que la madre siempre es cierta. En consecuencia en los casos de maternidad subrogada, el hijo será matrimonial y quien alumbró al nuevo ser será considerada la madre legal, tanto más que nuestro C.C. vigente no concede acción para impugnar la maternidad sino sólo por parto supuesto o de suplantación del hijo⁹⁶.

En el caso de que la maternidad subrogada sea realizada por una mujer no unida por vínculo matrimonial, el hijo será extramatrimonial practicado el reconocimiento de maternidad o paternidad caso contrario queda abierta la posibilidad de la

un beneficio claro: la satisfacción de la necesidad de tener hijos que muchas parejas no pueden el día de hoy cubrir por sí solas".

BULLARD GONZALES, Alfredo. "**Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual**". En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995, N° 10, pp. 51 - 64.

⁹⁶ Autores como Boza Dibós llaman la atención respecto de los problemas de filiación aparte de "los casos en que quien piensa fungir de padre o de madre no proporciona el material genético sino que éste es de un tercero (ej. caso típico el donante anónimo a un banco de esperma, o la donante que no sólo cede su vientre sino que provee el óvulo). Más aún, ¿cuál será la situación del menor frente a sus padres homosexuales? En este contexto toda la serie de presunciones legales con que tradicionalmente el Derecho tutela el bienestar del menor, resultan inoperantes. A manera de ejemplo, basta pensar en el caso de la mujer casada que decide fungir de 'madre sustituta': la criatura si bien genéticamente no es hijo de su marido, sino de un tercero (ya que fue inseminada artificialmente), en virtud de la presunción *pater is* legalmente resulta siendo hijo del marido (Art. 361 del Código Civil peruano de 1984). Es más, la mujer no puede demostrar lo contrario (Art. 362). La dificultad no se acaba aquí sino que también involucra a la mujer. Supongamos que ella sólo alquiló su vientre, es decir, que le implantaron un embrión ya concebido sólo para que lo gestara durante los nueve meses del embarazo. Cuando da a luz, ¿a quién se reputa madre de la criatura? El legislador tradicionalmente ha tenido en mente a la mujer que alumbró, ¿y ahora?". Boza Dibós, *op. cit.*, p. 81.

investigación judicial de paternidad o maternidad según como corresponda inclusive cuando se utilicen gametos masculinos donados. La reclamación judicial de la filiación paterna es viable.

Debemos precisar que de acuerdo a nuestra legislación en el caso de que la madre gestante sea casada, la investigación de la paternidad respecto de un tercero donante del gameto masculino no será posible si previamente el cónyuge no impugna la paternidad por alguna de las causales contenidas en el Art. 363 del C.C. y logra sentencia favorable. De no impugnar y no lograr sentencia favorable, el marido será considerado padre legal del menor a tenor de lo dispuesto en el Art. 361 del C.C.

A falta de una legislación específica sobre la materia consideramos que una solución de *lege ferenda* en nuestro medio en los casos de maternidad subrogada realizada con donación de ambos materiales genéticos (gameto masculino y femenino) o de un embrión la filiación del nuevo ser debería ser determinada a través de un proceso de adopción para no vulnerar la normatividad vigente de esta institución.

4.3.1 Falta de consentimiento de uno de los cónyuges y la filiación del nuevo ser:

Es el caso en el que la cónyuge se somete a ésta práctica de inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido —el caso contrario, esto es, sin el consentimiento de la mujer es muy difícil que suceda—, supuesto que estaría permitido en nuestro país por cuanto el multicitado Art. 7 de la Ley General de Salud habla de la necesidad del consentimiento “...de

los padres biológicos...”, y nada dice respecto de tal consentimiento del “padre legal”, que como sabemos no sería el padre genético.

La doctrina no adopta un parecer unánime y uniforme en relación a que al hijo no puede atribuírsele una filiación matrimonial, pues, no existe la categoría jurídico - formal de la voluntad o decisión por parte del marido que ese ser naciera.

Además de no darse el presupuesto biológico, pues, el marido no ha aportado el componente genético (gametos masculinos) por lo que doctrinariamente no puede atribuirse al marido una paternidad que no le corresponda como consecuencia de una decisión unilateral adoptada por la cónyuge respecto de la descendencia de un matrimonio.

Hasta antes de la dación de la Ley 27048 (Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad) el Código Civil peruano consagraba un sistema legal “cerrado” de negación de la paternidad por el cónyuge. Entonces el código sustantivo contemplaba únicamente –como causales de negación de la paternidad (presumida legalmente)– las establecidas en el Art. 363 incisos 1,2,3 y 4 y así se producía una situación de iniquidad respecto del marido como la afirma Rubio Correa.

"Se produce aquí una situación abiertamente inequitativa con el marido: Se le imputa una paternidad por razones formales, en la que no tiene vínculo genético, pero además, sobre la cual no ha sido ni siquiera consultado (o a la que hasta puede haber

rechazado expresamente). La decisión de producir la concepción ha sido exclusivamente atribuible a la mujer o a ella y al tercero donante del semen”.

Con la dación de la Ley 27048 y en estricta observación la doctrina uniforme, hoy en día queda abierta la posibilidad de que el marido interponga la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad al amparo del Art. 363° incisos 5 y así pueda negar al hijo de su mujer cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo paternal. Por consiguiente la filiación del ser que nazca mediante inseminación artificial heteróloga sin mediar consentimiento del marido debe ser refutado como hijo extramatrimonial respecto de la madre no teniendo por padre al marido de su cónyuge en una solución de *lege ferenda*, sin embargo frente al problema debemos precisar una solución de lege data en tanto y en cuanto al marido no impugne la paternidad por alguna de las causales previstas en el Art. 363° del C.C. vigente (modificado por Ley N° 27048) y dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente (Art. 364° del C.C.) y no obtiene sentencia favorable de la impugnación, el estatus jurídico del nacido por medio de ésta técnica de reproducción humana asistida será la de una filiación matrimonial en estricta observación al artículo 361° del C.C. vigente (el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido) aunque la madre declare que no es de su marido o sea declarada como adúltera (Art. 362 del C.C.), no obstante de que el marido no haya

otorgado su consentimiento voluntario para la concepción del nuevo ser ni haya aportado el componente genético masculino.

Por lo que consideramos recomendable que se replantee nuestro sistema legal “cerrado” de impugnación de paternidad considerándose como una causal más de negación de la paternidad. (Art. 363 del Código Civil Peruano) el hecho de que el marido no haya prestado su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga o en todo caso se opte por un sistema legal “abierto” de impugnación, pues debemos tener presente que las causales señaladas taxativamente en nuestro sistema “cerrado” (Art. 363° del Código Civil) no admite extensión analógica mostrando la falencia de nuestro sistema impugnatorio.

En el caso de que el marido no haya prestado su consentimiento para la realización de dicha práctica y aunque la madre declare este hecho, si el marido no niega la paternidad por las causales contempladas en el Art. 363 del Código Civil y no vence en la acción es considerado legalmente el padre del niño por presunción de lo dispuesto en el Art. 362° del Código Civil que establece que “el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera” la filiación del nuevo ser quedará determinada por lo dispuesto en el Art. 361° del Código Civil que dice: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, el artículo acotado contiene la presunción *pater is quem nuptiae demostrant*, la misma que no se funda en la consanguinidad sino en el vínculo estrictamente jurídico formal; en consecuencia y

en el caso propuesto la determinación de la filiación del nuevo ser que nazca será la de un hijo matrimonial teniendo por padre legal al marido de la cónyuge, no obstante que el nuevo ser es “hijo biológico” es decir, descendiente genético del donante que aportó los gametos masculinos.

La filiación matrimonial del hijo está determinada por un vínculo de parentesco civil.

4.4 El sometimiento a las TERAS por la mujer sola y la filiación del nuevo ser:

Los argumentos jurídicos que fundamentan la posibilidad de acceso a esta técnica de reproducción humana son muchos, como también los son los que se oponen. Dentro de los primeros un buen sector de la doctrina considera como un argumento sólido el derecho a procrear como parte del derecho fundamental de la vida⁹⁷, entendiéndose por ende también como derecho a generar a dar vida; así textos de orden internacional al parecer consideran como indisoluble al derecho a fundar una familia con el derecho a dar vida como el Pacto de las Naciones Unidas, la Convención Americana, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, etc.

Cabe destacar también que abona en favor de la realización de ésta práctica el derecho a la maternidad que tiene la mujer, sin discriminación por su procedencia, ello se encuentra plasmado por ejemplo en la Declaración de la O.N.U. (artículo 102) del 07

⁹⁷ Se ha discutido esta materia en casi todos los países europeos, y así el Consejo de Europa, en consulta efectuada a la Comisión Europea de Derechos del Hombre en cuanto a la existencia o no de un derecho a procrear, obtuvo como respuesta que el reconocimiento del derecho a la vida “debe ser interpretado en sentido pasivo: como una protección contra cualquier atentado contra la vida humana y no como un derecho active a crear vida”

Sobre la extensión y límites de los derechos sexuales y reproductivos, revítese el trabajo de TURNER SAELZER, Susan. “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida”. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, Nº 2, pp. 206-216.

de noviembre de 1967. Dentro de otros argumentos sólidos en pro de esta práctica tenemos: el desarrollo a la salud en la eventualidad de que la mujer sea estéril, el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad, en otros⁹⁸.

Sin embargo, particularmente consideramos que encontrando amparo en nuestra Carta Magna son 2 los principios constitucionales que viabilizan el derecho de la mujer soltera a ser inseminada artificialmente, estos son: el principio de igualdad y no discriminación de las personas consagradas en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 y el otro principio el de libre desarrollo de personalidad que lo encontramos en el Art. 2º Inciso 1 de nuestra Constitución Política vigente⁹⁹. Así J. A. Robertson esta de acuerdo –para el caso norteamericano– “en incluir dentro del derecho del matrimonio a procrear y el de hacerlo por los medios

⁹⁸ Aunque existe otro sector de la doctrina que nos dice que “...en las Declaraciones de Derechos Humanos no encontramos un reconocimiento mas o menos explicito de este derecho a la procreación; así, a modo de ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se establece que ‘los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio’ [Art. 16.1]. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala que ‘se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello’ [Art. 23.2]. En este mismo orden de ideas el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 también se refiere en su texto a la familia y su protección, pero no contiene ninguna disposición referente al derecho a la procreación [Art. 10]. Disposiciones similares hallamos en el llamado Pacto de San José de Costa Rica de 1969 [Art. 17.2]. Como se puede apreciar, en las citadas Declaraciones de Derechos Humanos se hace solo referencia al derecho que tienen las personas a fundar una familia y la protección de esta como ‘el elemento natural y fundamental de la sociedad’ que debe “ser protegida por la sociedad y el Estado” “.

⁹⁹ El derecho a la procreación, según un sector de la doctrina, encuentra su fundamento en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en el derecho al desarrollo de la personalidad, por lo que el interés de procrear recibiría una tutela del ordenamiento jurídico y sería un derecho que no se relaciona con la familia, sino que con la persona, de modo que, como derecho derivado de la libertad personal, implicaría que toda mujer podría ser eventualmente usuaria de las técnicas de reproducción asistida y consecuentemente con ello dichos procedimientos no estarían reservados solamente a las parejas matrimoniales infértiles y no necesariamente se trataría entonces de tratamiento terapéutico para enfrentar la esterilidad. En este sentido, en algunos países como en Estados Unidos se entiende que “existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada.

necesarios para obtener la procreación, sea a través de donantes o de maternidad subrogada"¹⁰⁰.

En ese sentido como un derecho que tendrá por finalidad lograr la perpetuación de la especie humana. Así acotado, este sería el llamado derecho a la procreación, pero ello no puede llevarnos a la conclusión de que su ejercicio pueda ser irrestricto, pues siempre será necesario tener presente las normas legales que regulan el ejercicio de la sexualidad (no es un derecho absoluto) y, desde luego, que también debemos considerar las normas morales fundamentales a las que el ser humano se adhiere. Así debería entenderse solamente el posible derecho a la procreación, como aquel cuyo ejercicio es expresión de la sexualidad de la pareja humana con el fin de perpetuar la especie humana"¹⁰¹.

Dentro de los argumentos que cuestionan la realización de esta práctica los más significativos son: que podría generarse una nueva familia matrilinear frente a ello se entiende este hecho como una excepción a la regla que no comporta un riesgo social; otro argumento de peso a tener en cuenta es el de considerar el interés superior del hijo traducido como el derecho a tener un padre y una madre¹⁰²; sin embargo hoy en

¹⁰⁰ En suma, precisando este concepto de la libertad procreadora, se ha establecido que "el derecho a la procreación es muy simplemente el derecho a tener hijos naturales, a través de las relaciones sexuales o por inseminación artificial"

ROBERTSON, J.A. "*Procreative liberty, embryo and collaborative reproduction*", ponencia presentada a Coloquium de Derecho Comparado en Cambridge, 1987, p. 1, citado por Maricruz Gómez de la Torre en ob. cit., pp. 38 y 39.

¹⁰¹ Los hijos no existen exclusivamente para dar satisfacción al deseo de ser padre o madre. Debe resguardarse el futuro de ese hijo, que únicamente podrá desarrollarse en plenitud en el seno de una familia, entendida en el sentido antes apuntado. Lo expresado conduce, inevitablemente, a negar tales métodos de procreación a homosexuales, parejas inestables, personas solas o individuos que padezcan desviaciones de conducta incompatibles con la crianza, formación moral y desarrollo de los hijos.

¹⁰² "La procreación es consustancial al ser humano, algo que emana de su propia naturaleza humana, un don esencial para la perpetuación de la especie, de manera que no podemos pensar que ante la hipotética situación de no existencia de normas legales que así lo establezcan explícitamente, es evidente que los seres humanos pueden ejercer su sexualidad como un derecho que tendrá por finalidad lograr la perpetuación de la especie humana.

día, en una sociedad moderna como la nuestra es menester pensar en lo frecuente de niños carentes de la protección paternal que no cuentan con un padre y que se equipara por ende al nacido por ésta practica¹⁰³, desde luego éste hecho no es una justificación absoluta, pues hay quienes piensan que la estabilidad emocional del nuevo ser dependerá de las relaciones afectivas, sociales y económicas que ese nuevo ser establezca con su entorno y fundamentalmente con su madre para un desarrollo integral. Ahora, si el interés del niño se ve reflejado en el derecho a tener un padre y una madre¹⁰⁴; prohibiéndose esta técnica de reproducción se le estaría negando al derecho fundamental a la vida por la cual resulta

BANDA VERGARA, Alfonso. **"Dignidad de la persona y reproducción humana asistida"**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, Norma IX, p. 21.

Y es que no debemos olvidar que la TERAS nacieron como un paliativo para solucionar los problemas de infertilidad de la pareja humana y, conforme a tal propósito, es indudable que queda claramente regulado el campo de su posible utilización, puesto que al regularse por normas jurídicas su aplicación, quedara circunscrita solo a aquellos casos en que un matrimonio, o quizá una unión de hecho de una pareja que sin estar casados tengan una estabilidad como tales, se enfrenten al grave problema de no poder acceder naturalmente a la procreación. Por ello que, de un procedimiento terapéutico como originariamente era, se ha ido transformando en un verdadero 'método alternativo de reproducción', ya que estas técnicas se aplican a otras situaciones en las que no existe precisamente un problema de infertilidad, sino a casos, como algunos de los que ya se han enunciado de mujeres solas, etc.

¹⁰³ En contra de este argumento Taboada nos dice que "Por otro lado, nos parece preferible que no se legitime y reconozca jurídicamente la posibilidad de las mujeres solas de ser inseminadas artificialmente con material genéticamente dado; no sólo por cuanto la solución sería exactamente la misma si ella se reconociera ante la imposibilidad de alguna vinculación con el aportante -ya que en ambos casos los hijos serían extramatrimoniales de la mujer receptora- sino fundamentalmente porque se no se debe fomentar la existencia de hogares sin padres ni el nacimiento de niños para ser criados por mujeres solas. Cosa distinta es que muchas mujeres, n lo hechos, críen solas a sus hijos por ser madres solteras o abandonadas, pues se trata de situaciones no ideales. Pero no nos parece conveniente procrear un hijo solo, que se críe sin su padre legal".

TABOADA CORDOVA, Lizardo, *"La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos"*. En: *Lus et Praxis. Universidad de Lima. Lima 1997, N° 29, p. 190.*

¹⁰⁴ En ese sentido Jordán Villacampa nos indica que estamos ante una situación de "colisión de derechos, el derecho hipotético de la mujer sola a concebir un hijo por inseminación artificial y el derecho del menor a tener un padre y una familia paterna". Precisa además que "Respecto al derecho a procrear, la Comisión directiva de los Derechos Humanos del Consejo de Europa entiende que no puede ser considerado como un derecho absoluto. Además, la CAHBI al tratar de las condiciones que deben regir el uso de las técnicas de procreación artificial advierte que si se permite el acceso a las mismas de personas solas, el futuro niño sería condenado a nacer como medio huérfano, lo que constituiría una forma severa de discriminación. O utilizando palabras de Delgado Echeverría, el derecho no puede condenar a un niño "a no tener ningún padre (ni, por consiguiente, ningún pariente paterno)".

JORDÁN VILLACAMPA, Luisa. **"Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos"**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valencia: España: 2002, N° 1, p.

incoherente y contradictoria dicha postura amén de pretender frustrarse el derecho de la mujer a ser madre¹⁰⁵.

Nuestra legislación vigente explícitamente no regula esta modalidad de reproducción asistida; aunque interpretando el Art. 7 de la Ley General de Salud podría colegirse que no estaría autorizado su uso, pues dicha norma prescribe que “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”; es decir, que para ejercitar el derecho a procrear mediante el uso de las TERAS sólo se exigen como requisitos: la identidad genética y consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos¹⁰⁶. Ahora bien, en el caso de varón

¹⁰⁵ Obviamente no se pueden dejar de considerar argumentos como los que expone Boza Dibós quien se pregunta “¿Podría entonces una mujer soltera reclamar el auxilio de la ciencia para engendrar un hijo? ¿Debe el Derecho extender el uso de las nuevas técnicas a los solteros? ¿El hecho de que se necesiten gametos masculinos y femeninos debe verse reflejado en la reglamentación que se adopte? En última instancia, ¿hasta qué punto puede el ordenamiento jurídico permitir la deliberada concepción de un ser que tendrá un solo padre? Los bancos de esperma existen y los solteros pueden recurrir a la adopción. ¿Por qué no habría de franqueárseles el acceso a los adelantos de la medicina? Sin afán de desconocer la ‘validez’ de estas demandas, creemos que confunden algunos términos. Una cosa es la adopción y otra la Procreación Asistida. En la adopción se busca proteger a una persona ya nacida, darle la oportunidad de tener un padre, educarse, desarrollarse e integrarse a la sociedad. Es por el bien del menor que el Estado en determinada circunstancia permite la participación de un soltero en la adopción. La situación es diametralmente opuesta en el caso de las nuevas técnicas procreativas. Aquí se engendra una nueva vida humana para satisfacer las necesidades de quien solicita este ‘servicio’. Los distintos ordenamientos y comisiones que han abordado el tema excluyen a los solteros como beneficiarios de la nueva tecnología. Robertson, que se ha ocupado en extenso de estos temas, enseña que las personas solteras tienen el derecho a no ser esterilizadas, el de poder usar anticonceptivos, concebir, gestar, dar a luz, así como a criar y educar a sus hijos, pero no tienen el ‘derecho a procrear’, porque la procreación cae bajo la protección legal del matrimonio. El Estado no persigue a las madres solteras; por el contrario, debe brindarles protección y asistencia médica. Ello, empero, no significa que deba incluir a los solteros como beneficiarios de las nuevas tecnologías. Para tal propósito los solteros tienen abierta la vía de la adopción”. Boza Dibós, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁶ Ahora bien, el margen de estos argumentos jurídicos señalados debemos precisar que en el caso de la Legislación española, específicamente en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida el Art. 6-1 no descarta o prohíbe la inseminación artificial en mujeres solteras, pues dicho artículo expresamente señala: que: “Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley” y no sólo en el caso que la mujer sea estéril por lo que la práctica de ésta técnica

aportante, se requeriría su consentimiento, entonces de tratarse del caso de un donador este estaría reconociendo la paternidad —con todos los derechos y obligaciones inherentes a ella— lo que no es correcto porque las donaciones se realizan “anónimamente”, por lo que la interpretación sistemática dejaría como única posibilidad el caso de parejas, trátase ya de concubinatos, matrimonios u otros. Pero si bien esa sería la regulación que esta situación recibiría actualmente en nuestro país, no se aplica en modo alguno como a continuación podemos comprobar.

Antes de indicar los casos encontrados, consideramos importante recordar que ésta técnica de reproducción debe ser regulada apropiadamente¹⁰⁷ a la luz de las instancias éticas, jurídicas, sociales y culturales, pues, hoy en día es innegable los motivos diversos para que una mujer soltera se someta a la inseminación artificial como son: la aversión a mantener relaciones sexuales con un hombre por traumas psicológicos previos como el haber sufrido violación; la liberación femenina; tener un espíritu extremadamente independiente o simplemente no contar con la pareja adecuada entre otras¹⁰⁸.

no es de carácter "exclusivamente terapéutica" no obstante que la mencionada ley española contempla el carácter terapéutico como finalidad de las técnicas contemplada en dicha ley.

¹⁰⁷ El problema de aceptar la posibilidad de que las mujeres solas puedan acudir a las TERAS es que abre la posibilidad de que los homosexuales [por lo menos las lesbianas] también accedan a estas técnicas, pensar lo contrario vulneraría el derecho a la no discriminación de este colectivo social.

Al respecto a Chofre Sirvent nos dice que “A pesar de la evidencia de que no es posible defender la existencia de un único concepto de familia, la *ratio* última de la impugnación estriba en el hecho de que la ley [...] al permitir, mediante las técnicas de reproducción asistida en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar”.

CHOFRE SIRVENT, Jorge. “Reproducción asistida y Constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)”. En UNED. Teoría y Realidad Constitucional, México: 2001, N° 7, pp. 334-363.

¹⁰⁸ Es de advertir que al lado de estas atendibles razones en el mundo se pueden presentar casos un tanto extraños como el que ocurrió en Gran Bretaña en donde la clínica *British Pregnancy Advisory* había considerado un servicio de inseminación artificial para mujeres vírgenes, pero por las críticas que recibió el mismo tuvo que cerrarlo.

Caso reseñado por VALVERDE MORANTE, Ricardo. “Debería permitir el derecho peruano el uso de la reproducción artificial en mujeres solas”. En: Revista del Foro Colegio de Abogados de Lima: 2002, N° 2, p. 361.

El caso más conocido, en nuestro país, de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en mujeres solas es el de **Norma Lazo Villanueva**, el mismo que fue dado a conocer por los diversos medios de comunicación social en el sentido de que se trataba de una exitosa negociante, quien sin tener una pareja que concretara su mayor anhelo de ser madre, decidió someterse a la reproducción humana asistida, logrando dar a luz a una hermosa niña Romina Nicole de dos kilos 200 gramos de peso y 46 centímetros de estatura; esto causó repercusión dada la edad de la referida madre que logró ese anhelo a sus 54 años de edad.

Otro dato que nos permite comprobar este caso es que efectivamente en nuestro país ocurre la “espermodonación”¹⁰⁹.

La normatividad de *lege ferenda*, consideramos que debe regular necesariamente el hecho de que el nuevo ser será inscrito en el Registro Civil sin consignarse datos de quien pueda inferirse el carácter de la generación biológica, amén de mantenerse en el anonimato al dador y estableciéndose la filiación por el hecho del parto.

4.5 La Filiación en el Transexualismo

La medicina y la sexología considera a la persona transexual como una que padece del “síndrome transexual o disphoria de género”.

Esto es una quiebra de la **identidad sexual** del individuo, que propiamente se manifiesta en forma de disociación entre su

¹⁰⁹ La espermodonación o donación de esperma, es el proceso mediante el cual un hombre le dona una muestra de su esperma a un especialista médico o a un banco de esperma, para que pueda ser utilizado para inseminar artificialmente a una mujer que desee quedar embarazada.

realidad sexual, psico-social que vive y siente; con el factor biológica o genético de su sexo.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, dicho síndrome o transexualidad, es entendido por la profesora Arantza Campos como: que presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos, lo que le hace recurrir, generalmente a un tratamiento médico-quirúrgico para corregir aquella discordancia, procurando posteriormente que su nueva realidad psicosomática cobre carta de naturaleza en el Registro Civil”.

Siendo polémico controvertido y con opiniones divergentes el hecho de considerar que el transexual pueda tener descendencia, con argumentos jurídicos a favor y otros en contra.

“Sin embargo, ésta posibilidad es admitida al amparo de la Constitución Política del Perú de 1993 a través de los artículos 2 inc. 2 que consagra el principio de igualdad y no discriminación a las personas el artículo 2° inc. referido al libre desarrollo de la personalidad corroborado con argumentos sólidos como son: El bienestar y la salud de la persona, su libertad, anatomía de la voluntad, la libre regulación de la vida privada en el desarrollo de la personalidad.

Ante el hecho de que el “transexual” tenga descendencia se hace necesario establecer como primera línea divisoria si la descendencia tuvo lugar con anterioridad la adecuación de sexo y el correspondiente cambio de la mención registral de sexo. En éste caso se advierte la existencia de filiación en cualquiera de las distintas posibilidades de las clases de filiación se ésta:”

Por naturaleza: Generación, por reproducción humana asistida o por adopción y en cualquiera de las situaciones jurídicas: mediando vínculo matrimonial, fuera de matrimonio (extramatrimonial), soltero/a unión de hecho.

Así tenemos: La filiación del descendiente se registrará por:

1. La Filiación por naturaleza: En los siguientes casos:

- a) Cuando el descendiente haya sido generado antes de la Rectificación Registral del Sexo, pero no determinada (RRX).
- b) Cuando la filiación del descendiente haya sido determinada antes de la rectificación registral del sexo.
- c) En el caso de que el descendiente haya sido generado y determinada después de la rectificación registral de sexo.

2. La Filiación en la Reproducción Humana Asistida

- a) El transexual (que habiéndose sometido a la adecuación del sexo de varón a mujer) soltero que antes de la rectificación registral del sexo, dona esperma.
- b) El transexual (que habiéndose sometido a la adecuación del sexo de mujer a varón) soltera que antes de la rectificación registral del sexo, dona óvulos.
- c) El transexual (varón que habiéndose sometido a la adecuación del sexo a mujer) casado o en unión de hecho, dona esperma a la mujer para ser fecundada después de su muerte. En este caso es de entenderse que dicha donación se ha producido antes de la mencionada adecuación.
- d) El transexual (varón que habiéndose sometido a la adecuación del sexo a mujer) que después de la

rectificación del sexo contrae matrimonio o convive con un hombre.

e) El transexual (mujer que habiéndose sometido a la adecuación del sexo a varón) que después de la rectificación del sexo contrae matrimonio o convive con una mujer.

e.1 Que la cónyuge o conviviente sea fecundada por un tercero, con consentimiento del transexual. En este caso la filiación del nuevo ser será la de un hijo matrimonial o la de un hijo extramatrimonial según como corresponda (esto es si sus padres sean casados o convivientes respectivamente).

e.2 Que la cónyuge o conviviente sea fecundada por un tercero, sin consentimiento del transexual. En este caso el nuevo ser será considerado hijo matrimonial siempre y cuando el cónyuge no haya impugnado la paternidad, y en el caso haya impugnado la paternidad (por no haber otorgado su consentimiento), y haya obtenido sentencia favorable; la filiación del nuevo ser será la de un hijo extramatrimonial. Y en el caso que los padres sean convivientes la filiación del nuevo ser será la de un hijo extramatrimonial.

e.3 El transexual (mujer que habiéndose sometido a la adecuación del sexo a varón) y una mujer; que recurran a la gestación por sustitución. En el que el óvulo del transexual (mujer que se haya sometido a la adecuación de sexo a varón) (fecundado por un tercer donante) para que sea implantado en el útero de la mujer que ahora es su cónyuge tras la rectificación registral de sexo.

En este caso nos encontraríamos con una maternidad genética de parte del transexual, una maternidad

gestante (de la cónyuge o conviviente) y considerando que de acuerdo a nuestra legislación la maternidad se establece por el hecho del parto, consecuentemente la filiación del hijo será matrimonial materna; así como matrimonial paterna; en el caso de que los padres sean cónyuges y la filiación del hijo será extramatrimonial sino fueran los padres casados.

- f. El transexual (mujer que habiéndose sometido a la adecuación del sexo a varón) que contraen matrimonio o convive con un transexual (varón que se haya sometido a la adecuación de sexo a mujer). En este caso no cabe posibilidad alguna de que se constituya una relación de filiación por técnicas de reproducción humana asistida, puesto que ninguna de las dos personas señaladas podrían concebir un hijo al estar dichas personas esterilizadas como consecuencia de la adecuación al sexo. En este caso la filiación solo podrá establecerse recurriéndose a la adopción.

Respecto de la filiación en el transexualismo señalado es de precisar que se ha trazado una línea divisoria que ubica el hecho de que la persona “transexual” tenga descendencia antes de la adecuación del sexo y la correspondiente obtención de la sentencia consentida o ejecutoriada que disponga el cambio de la mención registral de sexo en el Acta de Nacimiento, como se advierte de acuerdo a dicha línea divisoria. Por lo que consideramos además que dicha adecuación de sexo como la rectificación judicial de sexo en la partida de nacimiento, deben ser exigencias de orden jurídico para que se de la posibilidad de poder establecerse la filiación del nuevo ser del transexual que recurra a la reproducción humana asistida. Cabe advertir también

que nuestra Legislación Nacional no norma la filiación del nuevo ser en el transexualismo y que son muy pocos los países que han regulado las operaciones de “cambio de sexo” y que han regulado los casos en el que es aceptable la rectificación registral del sexo, como el hecho concreto de determinar cual es el alcance jurídico de dichas adecuaciones.

Jurídicamente también es importante precisar que no existe una definición de sexo, razón por la cual los juristas recurren sobre todo a la medicina para poder establecer la definición de sexo. Con el valioso aporte del avance científico tecnológico y médico experimentado, hasta ahora nos encontramos con que el sexo está configurada por varios elementos: Un componente genético o cromosomático (XY para el varón XX para la mujer); un componente morfológico (los órganos genitales que el recién nacido muestran) y finalmente un componente psicosocial (el género femenino y masculino). Presiones que hacemos en atención a las posibilidades de establecimiento de la filiación ya señalada.

4.6 SOBRE LA RECTIFICACIÓN JUDICIAL DE SEXO EN EL PERÚ

La rectificación judicial de sexo en el Perú es ya una realidad recurrente que se viene dando, pues son ya diversos órganos jurisdiccionales que por sentencia vienen disponiendo el cambio de nombre y sexo pese, a que nuestro país no cuenta con una regulación normativa expresa sobre el particular. El cambio de nombre y de la identidad sexual de las personas transexuales se viene dando a través de decisiones

jurisdiccionales en vía jurisprudencial, teniendo como marco los derechos fundamentales a partir del cual se erigen las Constituciones Democráticas, como la nuestra, cuyo fundamento es precisamente el reconocimiento de la dignidad del ser humano sin distinción alguna.

Al respecto cabe destacar dentro de uno de los primeros casos el comentado por el Dr. Carlos Fernández Sessarego respecto de la sentencia de primera instancia dictada por el 22° Juzgado Civil de Lima, sentencia de fecha 26 de febrero de 1987 por el cual el Juez declarando fundada la demanda interpuesta por el actor llamado Moisés sobre rectificación, adición y cambio de dicho pre nombre por el de Nathalie Gisella respecto de su Partida de Nacimiento y la consecuente anotación del hecho en el registro de Estado Civil. Cabe resaltar que el demandante fue una persona transexual soltero quien se había sometido a una intervención quirúrgica de caracteres sexuales el 26 de Junio de 1981. Dicha sentencia quedó consentida por no haber sido impugnada por el procurador del Ministerio de Justicia en aquel entonces. Es de destacar también conforme al comentario del maestro del doctor mencionado, el Juez se basó en el Art. 2°, inciso 20° acápite a) de la Constitución Política del Perú de 1979 referido al principio de libertad: Esto es en que todo aquello no está expresamente prohibido debe considerarse como permitido. Y como parte de su derecho a la libertad toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad. Sin embargo es de considerar que ésta sentencia jurídicamente devino en una resolución ultrapetita, pues el actor en su petitorio solamente solicitó el cambio de nombre sin embargo el a-quo consideró que al haberse sometido a dicha intervención quirúrgica de cambio de sexo era procedente la rectificación judicial del nombre del actor a fin de hacerlo acorde con el sexo obtenido por lo que por mandato judicial ordenó a la Municipalidad Provincial de Lima para que

rectificara no solo su pre nombre sino también el sexo del demandante.

Otro caso que ha merecido posiciones encontradas es la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2273-2005-PHC/TC con fecha 20 de abril del 2006 caso de la persona de Karen Mañuca Quiróz Cabanillas quien interpuso recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima de fojas 73 de fecha 2 de marzo del 2005 que declara improcedente la demanda de habeas corpus de autos.

El supremo tribunal resolvió.

“1) Declarar fundada la demanda de habeas corpus

- 2) Ordenando al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la parte demandante el duplicado de su documento Nacional de Identidad con el Nombre de Karen Mañuca Quiróz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N° 35, *supra* Mandato Judicial-, y sin perjuicio de lo establecido en el fundamento N° 36”.

Sentencia en mención que forma parte de los anexos de la presente tesis, por cuanto resulta de importancia dicha sentencia, máxime cuando en el fundamento 20 de la Sentencia Acotada el tribunal constitucional ha precisado que el procedimiento no contencioso no es la vía por la cual debe de tramitarse el cambio de nombre cuando ese motivo se infiere éste representado por un supuesto caso de transexualismo. Cabe precisar que el Tribunal: “El Art. 826° del Código Procesal Civil vigente regula la

rectificación de nombre, con trámite en vía no contenciosa, ante un Juzgado de Paz Letrado, pretensión que no puede equipararse a la de cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error o omisión, generalmente involuntarios en el que se incurrió al consignarse el nombre civil en la Partida de Nacimiento. Por el contrario con el cambio de nombre lo que se pretende es cambiar una denominación personal en mérito a ciertas motivaciones a lo que accederá el Juez si encuentra que los motivos son convenientes”.

Somos de parecer que en el caso del transexual la vía procedimental para el cambio de nombre y de sexo es la del proceso abreviado “vía ordinaria” y si se opta por la vía de tutela de urgencia consideramos que sería la del Proceso Constitucional de Amparo contemplado en el Art. 53° del Código Procesal Constitucional por estar inmersa directamente los derechos al libre desarrollo fundamentales de la persona al libre desarrollo y a la identidad sexual.

En línea de pensamiento una sentencia que ha marcado un hito histórico e importante en la jurisprudencia nacional es la que ha sido dictada con fecha 27 de octubre del año 2006 en el Exp. N° 803-2005-0 interviniendo como vocal ponente el Dr. Gabino Espinoza Ortiz por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte sobre cambio de identidad sobre Declaración Judicial cuyo petitorio fue: “de cambio de los nombres masculinos dice: N.N., así como el cambio de la Identidad Personal dice: manifestó un varón que se desprende de su Partida de Nacimiento N° XXX otorgada por la Municipalidad de Lima

Metropolitana, correspondiente al XXXX para la rectificación de su Partida de Nacimiento. Debe decir en adelante N.N., así como el cambio de identidad personal debe decir en adelante mujer y conforme al tenor de dicha sentencia las pretensiones principales fueron i) la declaración judicial de cambio de los nombres masculinos por femeninos, ii) se realiza el cambio de su identidad personal de varón a mujer. Y como pretensiones accesorias: i) que se rectifique el nombre de su poderdante el nombre de su partida de nacimiento, ante el Registro Civil de la Municipalidad Lima Metropolitana, ii) Consecuentemente se rectifique el nombre de su poderdante acorde con su identidad personal de varón a mujer ante el Registro Civil de Lima Metropolitana.

Cabe resaltar que dicha sentencia de vista revocó la sentencia expedida por el Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima Norte que declaró improcedente sobre las pretensiones señaladas; la mencionada Sala Civil revocó la apelada y modificándola declaró fundada la demanda.

No quepa duda alguna que la sentencia de vista en comento constituye el primer precedente jurisprudencial a través del cual el Poder Judicial aborda de manera frontal y directa el tema de la identidad sexual disponiendo el cambio de sexo registral en armonía a la identidad de la persona que parecía de disforia de género (transexualidad). Es de resaltar que la decisión jurisdiccional ha sido adoptada dentro del marco de los Derechos Fundamentales a partir del cual se edifican las constituciones democráticas como la nuestra y que comporta una sentencia emblemática en la

Jurisprudencia Nacional. Razón por la cual nos permitimos que ésta sentencia de vista como la de primera instancia formen parte de los anexos de la presente tesis.

4.7 LA FILIACIÓN DEL NACIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*:

El vertiginoso avance tecnológico permite hoy en día, que una viuda sea inseminada artificialmente con el semen de su marido fallecido, semen dejado por este con anterioridad y debidamente conservado en un Banco de Semen (crioconservación) dando origen a los hijos denominados superpóstumos¹¹⁰. Es así que la inseminación artificial *post mortem* como una variante de la inseminación artificial resulta siendo un tema sumamente controvertido y polémico por las diversas opiniones que ha merecido, por cierto, todas ellas divergentes.

Desde la perspectiva jurídica la posibilidad de admitir esta técnica de reproducción expresa o abriga la vocación de supervivencia fundamentalmente en el respeto a la libertad individual. Es ya una realidad que ha sido acogida por otros países, el hecho de que ante la eventualidad de que el cónyuge fallezca sea su esposa inseminada con semen de aquel previamente obtenidos y mediando consentimiento de aquel, y ello generalmente ocurre frente a la posibilidad de que el marido al tener que someterse a una intervención quirúrgica o un tratamiento radiológico conlleva riesgo de poder quedar infértil.

¹¹⁰ Torres Carrasco nos explica que los hijos póstumos son aquellos que han sido concebidos por el padre, lógicamente en vida, pero nacidos después de su fallecimiento, mientras que los hijos superpóstumos son los hijos concebidos y nacidos con posterioridad a la muerte de su progenitor. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. “Los derechos sucesorios de los hijos superpóstumos”. En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, N° 111, p. 97.

Aunque Banda nos dice que la posibilidad de la procreación *post mortem* se puede dar tanto en el caso de los varones como de las mujeres, esto es, “cuando la fecundación y ulterior proceso de gestación artificial se lleva a cabo una vez fallecido el padre, utilizándose sus espermias congelados para fecundar el óvulo de la mujer e implantárselo posteriormente. Además se podría dar el caso de que, habiéndose extraído el óvulo a la mujer, se produzca la fecundación con posterioridad a su muerte y sea el embrión resultante de esta unión efectuada en el laboratorio, implantado en el útero de una ‘madre sustituta’”¹¹¹.

Es así que en torno a la filiación del ser que nazca por inseminación artificial *post mortem* se han adoptado tres posiciones:

- a) De los que consideran que el nuevo ser es un hijo extramatrimonial, porque a la muerte del marido ese ser no existía y el matrimonio había quedado disuelto con el fallecimiento del cónyuge.
- b) Quienes consideran que el nuevo ser es un hijo matrimonial, en razón de que sus progenitores estaban unidos por el vínculo de matrimonio, y;
- c) Quienes sostienen que el nuevo ser es extramatrimonial de la madre excluyéndose la paternidad del marido¹¹².

Al respecto de la primera posición adoptado M^a Jesús Moro Almaraz señala:

¹¹¹ BANDA VERGARA, Alfonso. “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”. En: Revista Jurídica. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, N° 9, p. 10.

¹¹² Incluso Alberto Ibarra de una cuarta posibilidad que considera que el hijo sería extramatrimonial de ambos progenitores.
Véase la cita de ALBERTO IBARRA, César Esteban. “Bioética y fecundación *postmortem*”. En: Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2002, N° 2, p. 247.

"El Grupo de Trabajo de la D.G.R.N. analizando el tema cree posible el establecimiento de la familia matrimonial de tales hijos siempre que:

- 1) Exista consentimiento del marido en documentos públicos o testamento, con referencia a los gametos depositados.
- 2) Se tenga prueba de que un establecimiento concreto llevó a cabo la inseminación con los gametos identificados.
- 3) El nacimiento se produzca en un plazo prudencial y no concorra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio.
- 4) Se produzca la notificación de la misma a quienes se vean afectados en sus derechos por el nacimiento"¹¹³.

Del mismo criterio es Hernández Ibañez quien considera que en el supuesto de fecundación *post mortem* practicada a una mujer casada con semen de su marido ya fallecido estaremos ante una filiación matrimonial.

Discrepando con esta posición adoptada al criterio de tratadistas especialistas en el tema, es el de considerar la filiación extramatrimonial en el caso de inseminación *post mortem* si el concebido nace después de los trescientos días siguientes de la muerte del marido, no considerándose legalmente como hijo de éste aunque biológicamente lo sea por haberse utilizado para la realización de dicha práctica el germen de vida (gameto masculino) del marido¹¹⁴. Así Zarraluqui considera "que nunca un hijo engendrado después del fallecimiento de su padre puede ser hijo de este ni estimado fruto del matrimonio que ligaba a su madre"¹¹⁵. Lledo Yagüe en el Informe para la Comisión de Congreso Español, afirma

¹¹³ MORO ALMARAZ, M. Jesus. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial" Libreria Bosch, Barcelona - España 1988.

¹¹⁴ Obviamente este supuesto considera al hijo nacido por inseminación artificial *post mortem* sólo en el caso de que se trate de una inseminación artificial homóloga, es decir, de pareja matrimonial o de pareja estable.

¹¹⁵ ZARRALUQUI, L. "La Inseminación Artificial Heteróloga y la Filiación" en BICAM, Julio-Agosto, 1986. pp. 96-97.

"que el *status* del hijo es el de extramatrimonial aunque a través de las pruebas biológicas del artículo 127° del Código Civil (español) pudiera constatarse que el hijo (postumísimo) fuera portador de material genético del causante, a la sazón su padre biológico".

Una respuesta de *lege data* está dada por las siguientes consideraciones de orden legal.

Con el hecho jurídico de la muerte del marido éste deja de ser sujeto de derecho para pasar a ser objeto de derecho, poniéndose fin a la personalidad, el vínculo matrimonial queda disuelto cesando los derechos y deberes del matrimonio¹¹⁶. Claro que resulta "... conveniente dejar a salvo de la prohibición el supuesto [...] del padre que fallece una vez iniciada alguna de las etapas de la fecundación asistida que ya no tienen retorno, y siempre y cuando la madre lo desee culminar. Ello así toda vez que se advierte en ambos progenitores la voluntad inequívoca de procrear un nuevo ser que se vio interrumpida por una circunstancia ajena a la voluntad de ambos en forma imprevista. La situación es semejante al caso del fallecimiento del padre una vez que tuvo lugar la relación sexual que dio origen a la concepción del hijo en forma natural"¹¹⁷.

Entonces, el Art. 386° del C.C. establece "Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio".

¹¹⁶ Con mayor precisión Cárdenas Quirós nos dice que "la muerte del marido origina una serie de consecuencias jurídicas, entre las que cabe mencionar las siguientes: pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, cesan los deberes y derechos del matrimonio, el cónyuge superviviente puede volver a casarse, se extingue el régimen de la sociedad de gananciales y se abre la sucesión del causante".
CÁRDENA QUIRÓS, *op. cit.*, p. 200.

¹¹⁷ PIÑA, Roxana Gabriela. "Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año 1, N° 2, p. 252.

Por consiguiente el estatus del nuevo ser será el de un hijo extramatrimonial por cuanto el momento de la concepción se da luego del fallecimiento del marido con semen de éste obtenido antes de su muerte¹¹⁸, no obstante que el avance científico de la biología permite la individualidad genética del ser humano, sin embargo desde la perspectiva del Derecho Positivo el hijo que nazca será extramatrimonial porque jurídicamente el vínculo matrimonial pre-existente ha quedado disuelto por la muerte del marido y así queda establecido en el artículo acotado. En el caso de la legislación civil nos encontramos con una figura jurídica atípica que amerita una solución legislativa específica e integral.

Sin embargo debemos precisar que buena parte de las legislaciones extranjeras no aceptan ésta práctica como técnicas de reproducción humana asistida, es decir, prohíben su aplicación lo cual se condice con la posición adoptada por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica que dice:

"El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: Sólo a través de la referencia conocida y segura a sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana". Por fundamento y consideraciones similares rechazan ésta práctica la Comisión Familiar del Episcopado Francés y el Art. 11 de las Recomendaciones del Consejo de Europa aunque ésta admite la posibilidad de excepciones¹¹⁹.

¹¹⁸ En ese mismo sentido el Informe Warnock indicaba que "el niño nacido que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en cuenta para sucederle o heredarle, *contrario sensu*, si a la fecha de la muerte de su padre, estuviese en el útero de la madre, si tendrá derecho a sucederle o heredarle". Véase la cita de ALBERTO IBARRA, *op. cit.*, p. 245.

¹¹⁹ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. **Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.** Ediciones Paulianas, Bogotá: 1991, p. 31.

Las consecuencias y fundamentos que abonan en favor de ésta tesis son diversos así en nuestro medio el Dr. Juan Espinoza sugiere una propuesta más amplia:

"Primero debemos tener en cuenta cuál era la voluntad del padre, del que hizo un depósito del semen. Si la voluntad era realmente la de tener un hijo entonces es perfectamente válida la actitud de la viuda. Y es más, a éste niño deberían de reconocerle los derechos sucesorios, porque hay varios modelos jurídicos en los cuales se le desconoce el derecho sucesorio del hijo póstumo en este caso.

Me parece un modelo jurídicamente inteligente el de permitir que la mujer se insemine con el semen del marido al año posterior de la muerte, porque a veces con la situación de desgarramiento, la situación sentimental, la mujer quizá quiera inseminarse inmediatamente, pero después de un año las cosas se piensa más fríamente y de repente ya no quiere hacerlo"¹²⁰.

En nuestro criterio ésta técnica de reproducción humana debe ser admitida, pero, de manera restringida. Una solución de *lege ferenda* en la legislación peruana podría contemplar para la práctica de ésta técnica en primer lugar que el cónyuge haya prestado su consentimiento expreso, por escritura pública o testamento y que en su momento conjuntamente con el consentimiento de la cónyuge permita inscribir la filiación como matrimonial¹²¹. En segundo lugar que la fecundación se realice dentro de un plazo prudencial luego de ocurrido el fallecimiento del marido. En tercer lugar limitar esta técnica para uno solo.

¹²⁰ ESPINOZA, Juan, citado por RODRIGUEZ CADILLA PONCE, en su obra **Derechos y Técnicas de Reproducción Humana Asistida**. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 180.

¹²¹ Concuera con esta solución RUBIO CORREA. Marcial. **Reproducción humana asistida y Derecho. Las reglas de amor en probetas de laboratorio**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996, p. 77.

Sólo así y si se considera éstos presupuestos podría ser factible admitir la filiación del nuevo ser como matrimonial¹²² y que el nuevo ser goce también de derechos sucesorios, previa modificación de la normatividad vigente¹²³.

Derecho a la libertad y las técnicas de reproducción humana asistida:

El ser humano por su propia naturaleza existencial es un ser libre, la libertad es una facultad inherente que la asiste a la naturaleza existencial del ser humano, que como hombre lo conduce a obrar de una u otra manera o dejar de obrar; siendo responsable de su accionar (de sus actos)¹²⁴.

Desde la perspectiva jurídica, y de manera objetiva, el derecho a la libertad está íntimamente vinculado al derecho a la vida; vinculándose con los derechos que tiene el hombre de auto determinación y de decidir libremente.

Dentro de éste derecho a decidir libremente resulta importante destacar el derecho de la persona a la disposición del propio cuerpo para la admisión y la práctica sin limitaciones de las técnicas de reproducción humana, enmarcadas y delimitadas

¹²² La doctrina nacional ha indicado que considerar lo contrario significaría discriminar a los hijos superpóstumos y afectar su derecho a la igualdad, claro que -aunque pueda parecer contradictorio desligan el reconocimiento de su vocación hereditaria.

¹²³ En ese sentido Torres Carrasco da cuenta del proyecto de ley N° 5146 por el cual se propone modificar el Art. 660 de nuestro Código Civil, el mismo que quedaría redactado de la siguiente manera:

“Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Son hijos superpóstumos las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida, efectuadas con posterioridad a la muerte del progenitor y nacidas después de los trescientos días de su fallecimiento. En caso de los hijos superpóstumos sólo heredarán cuando el causante, mediante escritura pública o testamento, hubiese dispuesto que sus elementos reproductores puedan ser utilizados dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento”.

TORRES CARRASCO, *op. cit.*, p. 98, nota N° 2.

¹²⁴ Cuando hablamos de la libertad no podemos olvidar aquellas palabras de Montesquieu quien no dice que “no hay una palabra que haya recibido significaciones tan diferentes y que haya conmovido los espíritus de tantas maneras como la palabra ‘libertad’”, refiriéndose a la extrema dificultad que supone intentar definir a la libertad.

obviamente dentro de la regla positiva que señala. "Todo le está permitido al hombre, respecto a sí mismo, excepto lo que está expresamente prohibido por el derecho". En el caso de nuestra legislación esta prohibición está establecida en el Art. 6 del Código Civil que expresamente señala: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o las buenas costumbres...".

Sin embargo el mismo artículo acotado *in fine* establece "Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico, quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios...".

Ahora bien, en relación a nuestro tema, el derecho a la libertad se relaciona con las técnicas de reproducción humana asistida en los siguientes puntos¹²⁵:

- El sometimiento o no a las TERAS a las mujeres solas.
- La donación de gametos.
- El consentimiento de la pareja en la aplicación de las TERAS en matrimonios o concubinatos.

a Donación de gametos:

Se conoce como gametos a "Cada una de las células sexuales, masculina y femenina [...]"¹²⁶, es decir nos estamos refiriendo al óvulo y al espermatozoide, que como bien se ha definido son células. Resaltamos ese punto

¹²⁵ La enumeración propuesta no pretende abarcar todas las vinculaciones que se dan entre un derecho tan amplio como el de la libertad con la utilización de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, sino que se limita a indicar las principales, pues las relacionadas con la libertad de contratación y la maternidad subrogada, por ejemplo, será abordada más adelante.

¹²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa. Vigésimo segunda edición. España: 2001, tomo I, p. 1114.

porque en nuestro país sobre la donación de material orgánico de origen humano existe una regulación general y especial.

La regulación general está constituida por el artículo 6 de nuestro Código Civil que dispone que “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”, y por los artículos 7 y 8 de la Ley general de Salud —ley N° 26482— que dispone que “Toda persona tiene derecho a recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos, de cadáveres o de animales para conservar su vida o recuperar su salud. Puede, así mismo disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, injerto o transfusión siempre que ello no ocasione grave perjuicio para su salud o comprometa su vida”. Mientras que la regulación específica está conformada por la ley N° 28189, Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos y por el reglamento de ésta, el Decreto Supremo N° 014-2005-SA.

El problema es que, a excepción del Código Civil, el resto de normas indicadas trata sobre la donación de tejidos y órganos, no regulando nada específico para el caso de células, como son los gametos, por lo que en puridad, la legislación específica no puede ser aplicada para el caso específico que tratamos en este apartado.

Ahora bien en el artículo 7 de la Ley General de Salud — anteriormente reseñado— exige para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida que “la condición de madre genética y de madre gestante recaiga en la misma persona”. *Ergo*, está prohibida la donación de los gametos femeninos, que no son otros que los óvulos, por lo tanto, a *contrario sensu* y en aplicación del artículo 2.24.a de la Constitución¹²⁷, la donación de espermatozoides no está prohibida. Prueba de ello es la realización de las fertilizaciones *in vitro* que consignamos al tratar el caso de la aplicación de las TERAS a mujeres solas. La razón por la que se debe permitir la donación de esperma es porque no ocasiona una disminución permanente en la integridad física de la persona, pues, se tratan de elementos regenerables como sería el caso por ejemplo de la donación de sangre, siendo viable en tanto y en cuanto el fin y el propósito sea noble o humanitario, no contrario al orden público ni a las buenas costumbres, como sería el caso de que la pareja tenga que recurrir a la inseminación a fecundación artificial en su noble y común propósito de tener descendencia frente a la imposibilidad de no poder lograrlo de manera natural y normal.

Con la finalidad de evitar casos tan complicados como en los que una mujer da el óvulo, otra lo gesta y una tercera es la que contrata a ambas y es la que se queda con el bebe, se debe prohibir expresamente la “donación” de óvulos y se debe regular adecuadamente la donación de gametos masculinos estableciendo las pruebas y exámenes que deben cumplir los donadores.

¹²⁷ Que indica que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

b El consentimiento de la pareja en la aplicación de las TERAS en matrimonios o uniones de hecho:

En primer término, y como no podía ser de otra forma para la aplicación de las TERAS se exige el consentimiento expreso de la mujer que se someterá a las mismas. Así el artículo 7 de la Ley General de Salud prescribe que “Para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

El problema se suscita cuando la cónyuge o concubina se somete a la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida sin el consentimiento de su esposo o pareja, pudiendo ser que incluso que la intervención se haga con gametos masculinos proporcionados por una tercera persona. Ante este supuesto el Código Civil peruano no ha contemplado como causal de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya consentido en la fecundación heteróloga. Por consiguiente, la fecundación heteróloga sin negación de la paternidad por el esposo sobre la base de las causales que prevé el artículo 363 del Código Civil dará lugar a un hijo matrimonial. Situación que no es la misma cuando estamos ante un concubinato, en donde el concubino puede demostrar que no es el padre biológico de la menor en cuestión.

Veamos brevemente cómo se ha regulado este aspecto en algunos países:

c) Las TERAS y el derecho a la intimidad:

Es también un derecho constitucional que le asiste a la persona, consagrado en el Art. 2º inciso 7 de la Constitución Política del Perú.

La palabra intimidad etimológicamente proviene del adverbio latín *intus* que traducido significa por adentro, o hacia adentro. De tal manera que *intimus* debe traducirse como algo recóndito, profundo del ser.

Al respecto Juan Morales Godo señala. "El ser humano toma conciencia de la vida privada (o íntima como la denomina nuestro sistema jurídico) cuando se percata de su individualidad, cuando percibe que ha sido lanzado al mundo para que se construya a sí mismo, cuando su libertad está condicionada más que por el pasado, por el futuro que debe diseñar (*sic*)¹²⁸.

El derecho a la intimidad tiene su origen, como derecho autónomo en 1890, cuando 2 jóvenes abogados norteamericanos, Samuel Warren y Lovis Brandeis escribieron el ensayo "*The right to privacy*", en el que fundamentan la presencia de un espacio en la existencia del ser humano libre de intromisiones, que debe ser respetada y por ello la necesidad de su protección legal".

Precisando que entre vida privada e intimidad existe un distingo fundamental pues el primero es el género dentro del cual queda inmerso la intimidad como aspecto específico. Sin embargo nuestro sistema jurídico indistintamente optó por la terminología de intimidad sin más distingo.

Dentro del contexto jurídico se colige que por el derecho a la intimidad que el ser humano goza ésta debe ser respetada y

¹²⁸ MORALES GODO, Juan. "Control de la información de la vida personal y familiar". En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I, p. 158.

protegida jurídicamente, ninguna persona puede entrometerse en la intimidad de otra sin previo consentimiento de ésta.

A decir de Clara Mosquera Vásquez:

"La intimidad no solo se refiere a la esfera de la reserva del individuo sino que abarca mucho más, llegando a su esfera genética. Me explicó, así como nadie puede hurgar en la esfera privada de ninguna persona sin previo consentimiento, nadie puede sin previo consentimiento descifrar el código genético de determinada persona. O si ya lo hizo, claro está, previo consentimiento expreso, no debe divulgar los resultados sin autorización, debiendo ser mantenidos estos en secreto".

Consecuentemente en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida el derecho a la intimidad también se encuentra vigente, abarcando inclusive el ámbito de la esfera genética entendida como el derecho a la intimidad genética. Por lo que cabe preguntarse ¿en qué medida el médico puede revelar los datos genéticos que obtiene de sus pacientes?. Al respecto coincidimos con Mala espina cuando nos indica que "la decisión estará librada al arbitrio de quien se ha sometido al estudio genético"¹²⁹.

Ahora bien, cabe preguntarnos cuál es el ámbito de convergencia entre el derecho a la intimidad y las técnicas de reproducción humana asistida. Consideramos que el ámbito en el que ambos tópicos se intersecan está conformado por lo siguiente puntos:

- **Intimidad del menor procreado aplicando las TERAS.**

¹²⁹ MALAESPINA, María Laura. "Aproximaciones al estudio jurídico del genoma humano". En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2000, tomo 75, p. 40.

Respecto de este primer punto ni el artículo constitucional previamente indicado ni el artículo 14 de nuestro Código Civil contemplan disposición alguna para proteger el dato de los menores que han sido concebidos aplicando alguna técnica de reproducción humana asistida.

Así es necesario regular el hecho que no se debe indicar en ningún documento público —como sería el caso de la partida de nacimiento— que el menor ha sido concebido mediante alguna TERA, quedando el resguardo de dichos datos a cargo de las instituciones médicas que las han aplicado. Asimismo éstas entidades prestadoras de servicios de salud sólo revelarán los datos concernientes a la procreación del menor ante autoridad administrativa o jurisdiccional competente en los casos que especifique la ley o cuando sea razonable que se entregue dicha información, como es el caso en el que esté en juego la salud o vida del mismo.

CAPITULO V

5. LEGISLACIÓN PERUANA PROPUESTA

5.1 BASES PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE FILIACIÓN A TRAVÉS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.-

En nuestro país aún no se ha creado una teoría del derecho genético sobre la base o a través de una doctrina, de jurisprudencias serias, de sentencias debidamente motivadas y fundamentadas que esté orientada a solucionar la problemática jurídica planteada por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra legislación.

Así mismo es de advertir que en nuestro medio no contamos con una legislación específica sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹³⁰. A diferencia de otros países en la que sí se cuenta con una ley ad hoc sobre técnicas de reproducción humana asistida como es el caso de España en la que se cuenta con la LEY 14/2006, de 26 de mayo del 2006, el caso de Italia en la que está vigente la LEY del 19 de febrero del 2004 N° 40 “Norma en materia de procreación médicamente asistida”, etc.

¹³⁰ “Ahora bien, ante la ausencia de una regulación legal de las TERAS en nuestro ordenamiento jurídico, urge una legislación especial que las contemple, para establecer los límites dentro de los cuales deben ser aplicadas y utilizadas y, fundamentalmente, para conocer a ciencia exacta las relaciones jurídicas que ellas originan entre los que las utilicen. La necesidad de una legislación especial es, pues, imprescindible e inevitable ante la aplicación de las mismas de manera informal en nuestro medio en la actualidad, con los consiguientes problemas que ello origina. Debemos insistir en que las técnicas de reproducción humana asistida -sean homólogas o heterólogas- deben ser consideradas jurídicamente como negocios jurídicos tipificados legalmente, para que no exista duda sobre sus consecuencias jurídicas y las relaciones jurídicas que ellas producen, y puedan contar además con una detallada regulación legal. No nos parece conveniente, sino muy peligroso, considerarlas dentro del ámbito de la atipicidad”. TABOADA, *op. cit.*, p 190.

En nuestro país ciertos casos referidos al tema, sobre la filiación a través de la técnicas de reproducción humana asistida, incluso las controversias judiciales tendrían que ser solucionadas recurriéndose a los Principios Generales del Derecho y preferentemente los que inspiran el derecho peruano, pues, en el ámbito jurídico nacional no se puede dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, en cuyo caso es obligación de los jueces la aplicación del artículo 8 del título preliminar del Código Civil en concordancia con el artículo 50 del Código Procesal Civil que establece: son deberes de los jueces en el proceso inciso 4 “Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia”, en concordancia con el artículo I y III de Código acotado.

En aras de contar con una legislación especial sobre el tema, actual, vigente y acorde al vertiginoso avance científico, las investigaciones realizadas al respecto y la doctrina son de utilidad para fijar pautas en lo que ha de ser legislar de *lege ferenda* sobre la materia que nos ocupa¹³¹.

La aplicación de las diversas técnicas de reproducción humana asistida, en nuestro medio como una realidad recurrente hace imperativo que se incorpore en nuestro código civil una sección que regule la filiación a través de la aplicación de dichas técnicas. Así el doctor Enrique Varsi Rospigliosi señala de manera categórica: “Lo

¹³¹ Los avances científicos generalmente tienen lugar por delante del derecho; éste se retrasa en el análisis de las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que deben solucionarse pues, de lo contrario, se deja a los individuos y a la especie humana en general en situaciones de indefensión y, por qué no, autodestrucción. Sin duda alguna las nuevas técnicas de reproducción asistida repercuten en cuestiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Por tales razones se hace imperiosa la necesidad de regulación legal al respecto. El vacío legislativo genera riesgos adicionales, tales como la creación de los denominados "nichos" o "refugios" genéticos. Se trata de sitios que son utilizados por parte de científicos inescrupulosos para la realización de todo tipo de experimentos genéticos de alto riesgo sin ningún tipo de control. Desde ya, dichos experimentos nada tienen que ver con el beneficio de la comunidad.
PIÑA, *op. cit.*, p. 252.

que sí es necesario es incorporar en nuestro Código Civil una sección que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, filiación que debe estar definida sobre la base de la voluntad, el querer, la intención, sin descuidar el ya mencionado gran **principio de la afectividad**, al margen de la filiación adoptiva o natural, sea matrimonial o extramatrimonial. En esta última cabe recordar, prima el vínculo biológico, se aplica el ADN”¹³².

Las bases mínimas para una legislación sobre filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro medio considero que se desprenden todavía a partir de las bases mínimas presentadas por el profesor argentino Gustavo Bossert en setiembre de 1991 a iniciativa del centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima a efectos de sancionar una legislación que proteja al embrión y los bienes jurídicos en juego considerado en aquel entonces como una tarea impostergable dado que los conocimientos científicos y tecnológicos posibilitan ya la fecundación fuera del seno materno y la conclusión del genoma humano con la previsible proliferación de experiencias de manipulación genética. Estas bases mínimas llamémosla primigenias en nuestro medio, las precisa el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi:

- I. Es conveniente legislar sobre los efectos de la procreación asistida y asimismo regular sus aspectos administrativos y sanitarios, los recaudos a adoptar en la aplicación de las técnicas, el control de la autoridad sobre los centros de salud donde se las realiza y las sanciones a las autoridades del centro y a los profesionales intervinientes en casos de incumplimiento de las disposiciones legales.

¹³² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Técnicas de reproducción asistida y Filiación”. Entrevista sobre: **La primera casación en materia de procreación asistida**. En revista jurídica del Perú (Especial) Editora Normas Legales, Copyright Gaceta Jurídica S.A. Imprenta Editorial El Búhuo E.I.R.L. Primera Edición N° 93, Perú, Nov.-2008. p. 17

- II. Previo a la realización de una técnica de asistencia a la fecundación, todas las partes que a ella se vinculen deben ser plenamente informadas sobre sus características y efectos y deben dar su consentimiento por escrito.
- Para ello, el centro de salud proporcionará para su firma un formulario que resulte claramente explicativo.
- III. Las técnicas de reproducción asistida sólo serán admitidas con el propósito de superar la imposibilidad para tener descendencia, siempre que resulten descartados otros tratamientos por inadecuados e ineficaces.
- IV. La autoridad sanitaria debe ejercer un efectivo control tendiente a asegurar que en los centros de salud se realicen los análisis bioquímicos suficientes de gametos aportados por dador, destinados a detectar taras o enfermedades genéticas o enfermedades transmisibles. Deberá prohibirse y sancionarse la utilización de gametos que presentan tales anomalías.
- V. Los centros de salud deberán conservar los biofísicos y antecedentes hereditarios de los dadores cuyos gametos hayan sido utilizados y derivado en la procreación. El reglamento deberá organizar la conservación de tales archivos, aun tras el eventual cese de actividades del centro de salud.
- VI. Los datos personales del dador deben mantenerse en reserva y sólo podrán ser suministrados por orden judicial.
- VII. La inseminación con semen del dador sólo podrá practicarse en mujer casada, previo consentimiento escrito de su marido.

- VIII. El marido que ha dado su consentimiento para la fecundación de su mujer con semen de dador no podrá impugnar la paternidad.
- IX. En caso de inseminación con semen de dador ninguna acción puede entablarse para establecer el vínculo de filiación entre el hijo y el dador del semen.
- X. El dador del semen no podrá obtener información sobre los datos personales de la mujer inseminada.
- XI. El semen congelado del marido no podrá ser utilizado tras su fallecimiento, ni para la inseminación de su mujer ni para la inseminación de otra mujer salvo, en este último caso, que hubiese cedido el semen subsidiariamente para un banco.
- XII. Carecerán de efectos los contratos de maternidad subrogada. En estos casos, la maternidad se establecerá por el parto.
- XIII. Previo a la crioconservación de embriones, el centro de salud debe obtener la conformidad de los aportantes del ovocito y del esperma para la eventual transferencia al útero de otra mujer, en caso de no requerir aquellos la transferencia al útero de la mujer que aportó el ovocito¹³³.

Por su parte el Doctor Enrique Varsi Rospigliosi dejando en claro su posición de que con carácter de urgente necesidad se dicten leyes especiales que normen las técnicas de reproducción humana asistida presentó el 2 de Diciembre de 1993 a la Comisión de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, siendo ésta encarga de la revisión del Libro 1 del Código Civil para efectos de su incorporación legal, bases que ha decir de su mentor deben ser consideradas como “pautas generales

¹³³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, pp. 71-72.

o básicas del Derecho Genético”. Siendo las que se señalan las referidas a Procreación Asistida a decir de Dr. Enrique Varsi Rospigliosi las siguientes:

- Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano.
- En ningún caso se consignará en la inscripción en el Registro Civil datos en los que pueda inferirse el carácter de la procreación asistida.
- En el caso de aplicación de técnicas de reproducción asistida con material genético de cedente, no podrá establecerse la filiación del niño con el cedente.

La revelación de la identidad genética del cedente sólo será realizada con fines de proteger el derecho a la salud de la madre o del niño que nació con la aplicación de estas técnicas. En ningún caso esta revelación significa la determinación legal del nexo parental.

- Asimismo, las acciones de responsabilidad por procreación (no consentida o defectuosa) podrán ser entabladas contra el médico o profesional que intervino en la técnica, más no contra el cedente por supuesto daño en la procreación (transmisibilidad de enfermedades genéticas o hereditarias).
- La filiación paterna del niño nacido de las técnicas de reproducción con material genético de su padre fallecido sólo tendrá efectos filiales si a la fecha de la muerte del padre se hallarse el material genético en el útero de la mujer¹³⁴.

5.1.1 LA LLAMADA FILIACIÓN CIVIL COMO UN TERCER GÉNERO

Es evidente que el vertiginoso avance científico en materia de procreación humana asistida trastoca principios tradicionales del derecho civil muy especialmente respecto de los temas de filiación contenidos en el derecho de familia, pues hoy en día

¹³⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, pp. 75-76.

nos encontramos ante una nueva realidad social, esto es la llamada filiación civil como un tercer género a parte de la filiación por naturaleza y la adoptiva. Así la Dra. María Cárcaba Fernández señala: “Los nuevos progresos de la ciencia médica hacen que nos cuestionemos nuestra concepción multisecular de la filiación, ya que es fácil observar la ruptura de una serie de condiciones lógicas y básicas en el Derecho de la filiación tradicional, pues hasta ahora toda filiación era resultado de un presupuesto básico, la unión sexual entre un hombre y una mujer, y es más, hasta ahora un hijo sólo podía ser alumbrado por la mujer que lo había engendrado, pero hoy día ya no es así”¹³⁵.

Esta nueva clase de filiación llamada civil enseñada por la doctrina moderna se hace asemeja más a la filiación adoptiva que a la llamada filiación por naturaleza. En ese sentido es menester precisar que en el derecho italiano Zatti citada por Claudia Morán de Vicenzi señala: “Zatti resalta que la filiación que se establece entre el nacido por fecundación heteróloga y sus padres es menos artificial que la que surge de la adopción, puesto que en este caso el hijo guarda una relación biológica con al menos uno de sus padres. De manera que las diferencias en la legislación de ambas no han de ser sustanciales”¹³⁶.

Es evidente que el avance científico a dado lugar a una nueva clase de filiación que algunos la califican como la filiación del amor, otros como la filiación del espíritu y otras como la filiación social, pero en todo caso se trata propiamente de la llamada filiación civil como un tercer genero que tiene su fundamento en

¹³⁵ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. “**Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana**” Biblioteca de Derecho Privado, 55. Primera Edición, J.M. BOSCH EDITOR S.A. Barcelona-España: 1995. p.116

¹³⁶ MORAN DE VICENZI, Claudia. “**El concepto de filiación en la fecundación artificial**” ARA Editores E.I.R.L. Impreso en Perú Año 2005. p. 131

la voluntad procreacional de las personas que recurren a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su noble propósito y deseo de ser padres.

El Dr. Enrique Varsi Rospigliosi señala: “La vertiginosa carrera científicista en materia de procreación avasalla al Derecho de Familia, sobre todo temas de filiación, siendo la tendencia actual en la determinación del nexo filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, tendiendo a su desbiologización. Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndola inatacable en virtud de la motivación de las partes y el interés de los hijos, pese a la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se habla de la filiación civil, contraria a la filiación por naturaleza, siendo su fundamento la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres.

La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y la maternidad corresponden a aquellos que la desearon. El régimen paterno-filial para las técnicas procreáticas se asemeja al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico. De este modo, se crea un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva: la llamada filiación civil.¹³⁷”

Consecuentemente la filiación consanguínea y la adoptiva no son las únicas clases de filiación; la doctrina moderna nos enseña hoy en día que la filiación civil es una nueva clase de filiación, que en nuestro ordenamiento jurídico de ningún modo ha sido prohibida, que tiene por fundamento la voluntad procreacional en las técnicas de reproducción humana asistida.

¹³⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Op. Cit., p. 18

Filiación civil obviamente que requiere de un ordenamiento legal el cual consideramos debe ser provisorio y ha de ampliarse a futuro acorde a los avances científicos.

5.1.2. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL COMO FUENTE DE LA FILIACIÓN CIVIL

En la doctrina moderna especializada se considera como una tesis la de la voluntad procreacional en la que se da énfasis al elemento voluntario a efectos de determinar la relación o el vínculo paterno-filial. Es menester precisar que la doctrina moderna considera la primacía de la voluntad como una característica fundamental del vigente Derecho de familia, por lo que la prevalencia de la voluntad Ya no se circunscribe únicamente a determinar o establecer las relaciones o vínculos paterno-filiales; de tal suerte que hoy en día se le da o al menos pretende dársele a la autonomía de la voluntad un rol preponderante respecto de las personas interesadas en el tratamiento o regulación jurídica de sus aspectos propias familiares. Es así que en el Derecho de Familia actualmente van primando frente a los Derechos indisponibles los llamados Derechos disponibles precisamente en virtud de la llamada autonomía de la voluntad.

A decir de los especialistas en la materia como Maria Dolores Vila-Coro Barachina “En general, el concepto de voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea y tratándose de la inseminación artificial heteróloga, “el padre aparente” es quine manifiesta el consentimiento informado que involucra su voluntad de ser padre, las ansias de la responsabilidad procreacional y la asunción del ejercicio de la paternidad social y psicológica , no obstante la falta del nexo biológico. En cambio el “padre excluido” es aquel que, producto de esa técnica de

reproducción , ha donado su material genético sin compromiso o responsabilidad de asumir la paternidad, por lo que si bien existe la identidad cromosómica con el nacido, ha faltado la voluntad de procrear “¹³⁸

Es menester precisar que como quiera que en las técnicas de reproducción humana asistida se evidencia, al menos en la inseminación artificial y fecundación ‘in vitro’ heterólogas la falta de la copula sexual (como elemento natural de la unión sexual); por que la voluntad procreacional se manifiesta propiamente mediante actos como son: el consentimiento tácito o presunto; o el consentimiento expreso sea esta a través de una manifestación de voluntad, libre y voluntaria para generar Acto Jurídico válido pudiendo ser ésta verbal o escrita la misma que será dada con anticipación al uso o aplicación de la técnica elegida; la manifestación de voluntad procreacional también podrá darse con la dación del gameto femenino o masculino a efectos de que se produzca la concepción deseada y querida. En tales situaciones es evidente que ha existido la intención, el querer, porque de manera deliberada se a tenido el propósito de no solo de engendrar sino también se ha manifestado el deseo anticipado de concebir por lo que la responsabilidad procreacional que surge respecto de la pareja que recurrió a ello es evidente.

Evidenciándose al mismo tiempo que en la doctrina moderna los juristas que adoptan la denominada tesis de la voluntad procreacional a efectos de determinarse la relación paterno-filial lo hacen en base a diversos factores. Por lo que a decir de la especialista en bioética por la Universidad Católica del Sagrado Corazón (Roma), Doctora Claudia Morán de Vicenzi : “Para los juristas que se agrupan en esta primera posición , la

¹³⁸ VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores ”Huerfanos Biológicos”, Edt.San Pablo, Madrid-España, 1997 pp.77/86

descendencia biológica no es o no debería ser el único presupuesto pues en ella confluyen otros factores, tanto o más importantes que aquel, como son los de tipo sociológico y de responsabilidad. Con ello, pretenden resaltar el aspecto afectivo que subyace en las relaciones paternas poniendo el énfasis en la diferencia que existe entre las figuras del progenitor que brinda su aporte genético, y la del padre que asume los deberes y derechos derivados de la paternidad. Si en algunos casos se admite que la paternidad jurídica quede determinada al margen del dato genético tal como sucede en los supuestos de reconocimiento de complacencia o en la adopción, esto permite deducir que tan importante como la existencia del dato biológico es la de un cierto elemento voluntario con base en el cual también es posible establecer el vínculo jurídico de filiación”¹³⁹

El Dr. Juan Espinoza Espinoza¹⁴⁰, al respecto señala:

“Dentro de nuestra concepción, el factor determinante para ser padre es el animus, es la común intención del hombre y de la mujer que espresamente declaran tal deseo. No lo es aquel que cede una determinada cantidad de espermatozoides, o aquella cede su óvulo o que ofrece su útero durante nueve meses, puesto que su intención es otra, la cual es de permitir, a través de un gesto altruista, la consumación de este hecho tan importante para aquellos que pretenden ser padres.

Para los efectos de la inseminación o fecundación artificial no se es padre por el hecho de ceder un óvulo, un espermatozoide, o por ofrecer el útero, puesto que la intención es otra; padre es aquél que quiere serlo. Esta concepción

¹³⁹ MORÁN DE VICENZI, Claudia, Op. Cit. pp. 79-80

¹⁴⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. Cit. pp. 80-81

dinámica de la paternidad debe prevalecer sobre aquella estática que se basa en la ecuación *padre = el que engendra*.”

5.1.2.1. EL PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD O FAVOR AFFECTIONIS. (COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL)

Este nuevo principio fundamental que inspira la filiación civil a decir de la Doctora Claudia Morán de Vicenzi: “el principio del favor affectionis se ajustaría a la noción actual de la filiación, institución que cada vez se encuentra más vinculada al concepto de paternidad de carácter voluntario y responsable. En orden a la fecundación artificial, la aplicación del principio conlleva la atribución de los donantes de gametos, en cuanto éstos no son responsables del destino final de su material genético y de la procreación del nuevo ser humano”.¹⁴¹

Debemos de precisar que la moderna doctrina establece este primer principio a partir de la exposición de motivos y de la ley vigente sobre técnicas de reproducción asistida española, precisándose a su vez que este principio del favor affectionis conjuntamente con el denominado principio del anonimato del dador a dado lugar a lo que ahora se denomina el régimen de filiación civil esto es de los nacidos como resultado de la aplicación de técnicas de la reproducción humana asistida. Este nuevo principio fundamental se inspira en factores de orden afectivos, psicológicos y sociales por lo que para la Doctora Claudia Morán de Vicenzi citando al profesor de la Universidad De Padua, Alberto

¹⁴¹ Op.Cit. pp. 80-81

Trabucchi, señala: “para TRABUCCHI el papel que juega el dato biológico en la determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial tiene carácter secundario. En el primer supuesto, la incerteza de la paternidad se suple mediante el sistema de presunciones que toma como base la celebración del matrimonio de los padres, pero aún en este caso, es difícil afirmar si la celebración de aquel acto pone en evidencia la paternidad biológica, o si en realidad, la presunción se fundamenta en el principio jurídico de responsabilidad. Por su parte, tratándose de la filiación extramatrimonial, si bien la acción de investigaciones tiene por finalidad conocer el origen biológico, ello no implica que ésta no sea por si misma constitutiva de la relación jurídica...”¹⁴²

Cabe precisar que la referida Doctora señala: “Desde esta perspectiva, la evolución en materia de filiación puede sintetizarse de la siguiente manera: del inicial favor legitimatis se pasó al favor veritatis, mientras hoy se asiste el predominio del favor affectionis como criterio prevalente de constitución de la relación paterno-filial. La fecundación artificial heteróloga ha dado origen a un status filiationis ulteriore, de carácter intermedio entre la biología y la adoptiva, determinada sobre la base de factores sociales y psicológicos”¹⁴³

Es pertinente precisar que la mencionada Doctora especialista en bioética por la Universidad Sagrado Corazón de Roma discrepa de esta postura en tanto que la atribución o la determinación de paternidad sea propiamente un acto dependiente de la voluntad por

¹⁴² Op.Cit. p. 82

¹⁴³ Op.Cit. p. 87

parte del padre o un “factor de responsabilidad” que asuma el padre.

5.1.2.2. EL PRINCIPIO DEL ANONIMATO DEL DONANTE (COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL)

Este principio fundamental que inspira la filiación civil desde la perspectiva del hijo para un sector dominante de la doctrina moderna que nos enseña la filiación civil como un tercer género de filiación, la considera como principio que prohíbe la investigación legal de la paternidad. La Doctora MARTINEZ-CALCERRADA la denomina “principio de indemnidad del donante”¹⁴⁴. La citada Doctora también considera que solo es posible a través de los que ella denomina la “acción de progeneri” conocer la información general del donante de semen. La vigente Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida Española considera la protección de la identidad del donante y que las mujeres receptoras que hayan hecho uso o hayan recurrido a la aplicación a las técnicas de reproducción humana asistida solo tendrán derecho a acceder a datos generales y/o información general de los donantes que no comporte revelar su identidad, pudiendo solamente en casos excepcionales ser revelada ésta identidad.

- **Intimidad del donador de gametos**

Aplicando supletoriamente las normas sobre donación, al caso de la donación de gametos masculinos en nuestro país rige el anonimato del donador, esto es concordante

¹⁴⁴ MARTINEZ-CALCERRADA; El Nuevo Derecho de Familia, Tomo II, Madrid 1982.
-Derecho Tecnológico. La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de Noviembre 1988), Madrid, 1989. p 260

con la regulación de la filiación que priva de ligamen entre el donador y el hijo producto de su donación.

Ahora bien puede suscitarse un conflicto entre el derecho a la intimidad del donador y el derecho del menor a conocer su identidad, específicamente su identidad genética. Conflicto que de acuerdo a la legislación comparada vigente le ha dado el siguiente tratamiento abordaremos cuando veamos el tratamiento que recibe la filiación.

– **España:**

En este país el artículo 5.5 de la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida prescribe que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a **obtener información general de los donantes que no incluya su identidad**. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

– **México:**

Respecto de este punto el Código Civil mexicano dispone en su artículo 4.115 que “En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante [...]”.

Como se ve, se prohíbe revelar la identidad del donante, no contemplándose las circunstancias en las que sí sería legítimo vencer esta prohibición, como sería el caso en el que está en juego la salud del menor, que se vería afectada por una enfermedad hereditaria o cuando se requiriere una transfusión sanguínea urgente y el tipo de sangre es raro y por lo tanto es más fácil que el progenitor del menor tenga el mismo tipo.

5.1.2.3. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA COMO FUNDAMENTO DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL.

El principio de la autonomía está estrechamente vinculado al elemento voluntario. La Doctora Claudia Morán de Vicenzi señala “ El principio del favor affectionis se ajustaría a la noción actual de la filiación, institución que cada vez se encuentra más vinculada al concepto de paternidad de carácter voluntario y responsable. En orden a la fecundación artificial, la aplicación del principio conlleva la atribución de la paternidad a favor de los padres sociales, y a la exclusión de donantes de gametos, en cuanto estos no son responsables del destino final de su material genético y de la procreación del nuevo ser humano. Ahora bien, la pregunta es cómo puede ser definido o en que consiste este elemento voluntario considerado presupuesto determinante de la relación de paternidad. El estudio de la doctrina agrupada dentro de esta primera corriente, muestra que no

existe un criterio unánime sobre el concepto y fundamento del mencionado factor de voluntad. En opinión de algunos juristas, es una consecuencia del principio de la responsabilidad por los actos propios; otros, lo identifican con la voluntad de procrear, una tercera postura los equipara con la voluntad de asumir el vínculo jurídico de filiación; y finalmente, hay quienes lo relacionan con una exigencia del deber de solidaridad...(sic). Gorassini equipara el elemento voluntario con la voluntad de ser padre legal del nacido. En los supuestos de procreación artificial equivale al sentimiento que autoriza el recurso a las técnicas heterólogas, cuya expresión no hace partícipe al varón en el acto procreativo-que sólo es posible cuando existe un aporte genérico pero sí le permite asumir la paternidad del hijo de su mujer".¹⁴⁵

Podemos afirmar que la vigente ley sobre reproducción humana asistida española ha establecido un régimen de filiación de tercer género llamado también híbrido coincidente en ciertos aspectos con el régimen general de filiación y en otros aspectos opuestos a dicho régimen. Es de advertir a decir de algunos autores que la técnica jurídica empleada en la elaboración de la ley mencionada no permite precisar para los efectos de su aplicación en que casos abra de regirse por las normas generales y cuando por las de excepción.

Consideramos que la voluntad procreacional como fuente del régimen de la filiación civil se sustenta en el elemento voluntario, el mismo que es reconocido implícitamente como factor subyacente en la relación de la filiación civil y por ende de la paternidad; de modo tal que posibilita la determinación de la filiación a través de

¹⁴⁵ Op.cit, MORÁN DE VICENZI, Claudia, pp.80-81,86

las técnicas de reproducción humana asistida modernamente; sin que ello comporte soslayar el dato o elemento biológico de modo definitivo cuando este elemento sea viable y corresponda a efectos de la determinación de la filiación por naturaleza. La filiación civil propiamente se fundamenta en la voluntad, en el querer, en el deseo voluntario y responsable de ser padres de modo tal que en esta llamada filiación civil aplicada a las técnicas de reproducción humana asistida el dato o elemento biológico ocupa un lugar secundario; no olvidemos que no todo es biogenicidad o geneticidad. Compartimos la posición adoptada por el **Doctor Enrique Varsi Rospigliosi** cuando señala: “La vertiginosa carrera cientificista en materia de procreación avasalla al Derecho de Familia, sobre todo en temas de filiación. Siendo la tendencia actual en la determinación del nexo filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, teniendo a su desbiologización. Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndola inatacable en virtud de la motivación de las partes y el interés de los hijos, pese a la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se habla de la filiación civil, contraria a la filiación por naturaleza, siendo su fundamento la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres.

La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y la maternidad corresponden a aquellos que la desearon. El régimen paterno filial para las técnicas procreáticas se asemeja a la de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico. De este modo, se crea

un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva: la llamada filiación civil”.¹⁴⁶

5.1.2.3.1. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA Y LA DIGNIDAD HUMANA COMO MODELOS BIOÉTICOS.

Es de advertir que dentro de los modelos bioéticos existentes en el norte americano este tiene su motivación fundamentalmente en el principio de la autonomía.

Es de advertir que sin desconocer el valor de la dignidad humana acogida por la Convención Europea de bioética, y más por el contrario considerando que la referida convención reconoce la pluralidad de valores sin que ello signifique no dejar de jerarquizarlos de manera objetiva. La convención de este modo perenniza el principio del respeto de la dignidad a la persona humana sea que se encuentre de manera expresa o implícita en sus respectivas constituciones políticas; como reiteramos perennizado el mencionado principio como común denominador de las tradiciones constitucionales en Europa. Es pertinente precisar que en la “Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea” en su preámbulo de manera categórica y firme se afirma la decisión de crear “entre si una unión siempre más estrecha” y el de ser partícipes de compartir un futuro “Fundado sobre valores comunes”, valores que le son propios a la Unión Europea, a su “patrimonio espiritual y moral”; estos valores excelsos por naturaleza son de: “Dignidad humana, de libertad, de igualdad y de solidaridad”. En contraposición al Modelo Norte Americano que acoge la autonomía de la voluntad para el modelo bioético Europeo se puede afirmar que la dignidad humana ocupa el

¹⁴⁶ VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique, Op.Cit. (Revista Jurídica del Perú) p.18

lugar de la autonomía en una suerte de super principio jurídico y bioético.

Es por ello que somos de la posición que no es conveniente descartar el modelo bioético Norte Americano que se motiva en el principio de autonomía, teniendo como premisas el consentimiento informado y responsable, pues resulta de suma utilidad para el establecimiento de una de las bases para una legislación sobre filiación civil el mencionado principio, toda vez de que en la sociedad moderna se da la coexistencia de una suerte de pluralismo de valores y principios; en la que la decisión final frente a la ponderación de valores y principios debe estar librada en ultima instancia en una suerte de solución jurídica a la autonomía individual de la persona en una suerte de *raight of privacy* decisión responsable, libre con consentimiento informado y voluntario. Por consiguiente somos de la posición que la dignidad humana debe servir de paradigma como principio del modelo bioético. Y la autonomía de la voluntad debe integrarse y ser inherente al de la dignidad humana. Por cuanto consideramos el principio de la autonomía de la voluntad como uno de importancia capital en la solución y resolución de los problemas bioéticos que se plantea; obviamente sin dejar de considerar a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y el estado y todas tienen el deber y la obligación de respetarlas obviamente sin soslayar la dignidad que comporta intrínsecamente el hecho mismo de ser persona humana y su fin supremo contemplado en nuestra carta constitucional.

5.1.2.4. EL PRINCIPIO DE LA AFECTIVIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y QUE INSPIRA EL DERECHO DE FAMILIA.

El denominado principio de afectividad sirve de fundamento al de la voluntad procreacional en realidad a decir del Doctor

Enrique Varsi Rospigliosi es“... el gran principio que inspira el derecho de familia: **el principio de afectividad, el afecto, el querer, el amor, la vocación que esta implícita en las relaciones familiares que es difícil normar pero que debe ser reinventado dentro de la procreación asistida**”¹⁴⁷.

Guillermo Cabanellas al respecto el amor lo define como: “sentimiento de máximo afecto y deseo de intimidad plena y compañía constante que se experimenta por una persona del sexo opuesto. La tendencia a unificar almas y cuerpos en la pareja humana...todo el derecho de familia y gran parte del sucesorio están regidos por el amor: conyugal, filial, paternal, sensual”.¹⁴⁸ El mencionado autor señala que para la Academia Española significa “afecto por el cual busca el ánimo el bien verdadero o imaginado o apetece gozarlo” ¹⁴⁹

En virtud de este gran principio hoy en día se tiende a darle prevalencia en materia de filiación a la voluntad procreacional frente al aspecto del vínculo o dato biológico que propiamente, prima tratándose de la filiación natural. Ya a finales del siglo XIX diversos filósofos, entre ellos Nietzsche advertían que las generaciones venideras sean formadas con una tendencia abrazar una suerte de ciencia sumamente tecnificada que persiga fines crematísticos, con un carácter utilitarista. El vertiginoso avance científico y tecnológico que se viene experimentado en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, en lo referente a la filiación, hace posible contrastar lo señalado anteriormente y determinar que modernamente ya no es posible hablar de la filiación como un concepto unívoco, tradicionalmente esgrimido por quienes consideran que en la filiación debe primar únicamente el dato

¹⁴⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Op.Cit.(Revista Jurídica del Perú) p. 17

¹⁴⁸ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” A-B, Tomo 1 diecisieteª edición, Editorial Helista.S.R.L., 1989 , Buenos Aires-República Argentina, p. 277

¹⁴⁹ CABANELLAS, Guillermo, Op.Cit., p.277

biogenético, hoy en día se tiende a la desbiogenetización en la determinación de la filiación, muy especialmente en la filiación que se aplica a las técnicas de reproducción humana asistida. Se da prevalencia a la voluntad procreacional y muy especialmente al gran principio de la afectividad, al amor como fundamento inspirador de la voluntad procreacional e inspirador del derecho de familia. Los fines crematísticos o utilitarios que muchas veces persiguen las personas formadas en una suerte de carrera científicista o de tecnocracia, desprovistos de una sólida formación ética, moral y sin práctica de una escala de valores que todo lo consideran geneticidad o biologicidad, paradójicamente a dado lugar a que en la determinación del nexo filial se de prevalencia a los fines humanísticos, solidarios, que no son otra cosa que el amor, el gran principio de la afectividad entre los seres humanos; inspirador del derecho de familia, de personas y de sucesiones.

Este gran principio de la afectividad que inspira el Derecho de Familia y sobre el que se sustenta la voluntad procreacional como fuente de filiación civil determina una realidad social nueva: esto es la llamada filiación civil como un tercer género entre la filiación adoptiva y la filiación carnal. Es por ello, que en la doctrina moderna respecto a este tercer género de filiación a decir de la Doctora María Cárcaba Fernández: “También se habla de la filiación del amor e incluso de filiación del espíritu, pero en todo caso de filiación de la voluntad”¹⁵⁰

¹⁵⁰ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, Op.Cit, p,116

5.1.2.4.1. EL AMOR COMO PRINCIPIO IMPLÍCITO EN LAS RELACIONES FAMILIARES Y EN LA PROCREACIÓN ASISTIDA.-

HERNÁN CORRAL TALCIANI: “El amor se presenta como un fenómeno existencial que connota el máximo albedrío, espontaneidad, impulsividad y ausencia de toda forma de coacción, mientras que el Derecho como lo contrario: orden, mandato, coercibilidad, sanción....(sic). La mayor parte de las transformaciones del Derecho de familia ocurrida hace 30 años y que viene desplegándose y desarrollándose en el mundo occidental pueden ofrecer como clave de interpretación esta progresiva separación entre los conceptos de sexo y amor, por un lado, y de Derecho y Matrimonio por otro. La familia aparece tensionada y de algún modo desconocida o hiper reconocida por las nuevas regulaciones que transitan entre una u otra observación: si la familia es puro amor descomprometido y emancipador, las leyes debieran de hacerse a un lado y dejar espacio a las iniciativas y conductas individuales; si la familia es la sede de un núcleo de responsabilidades solidarias y de intereses transindividuales entonces debe ser reconocida y reforzada por la sociedad a través del sistema jurídico. De regulación y sobre regulación de la familia aparecen entonces como fenómenos confluyentes”¹⁵¹. Consecuentemente diversos autores consideran que entre el amor y el Derecho propiamente se da una suerte de conjunción que se materializa a través del Matrimonio por lo que. Entre el “amor- sentimiento” y el “Derecho-norma-poder”.¹⁵² El poder no debe mediar mayor distanciamiento sino más por el contrario deben integrarse pues el amor y el Derecho es más bien una realidad integradora.

¹⁵¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Derecho y derechos de la Familia, 1ª Edición 2005. Editora jurídica Grijley. Lima-Perú 2005. pp. 295-297.

¹⁵² ERRÁSURIS, Carlos José. “El matrimonio como conjunción entre Amor y Derecho en una óptica realista y personalista, en *scripta theologica*, vol. XXVI, 3, 1994, pp.1023-1024.

5.1.2.4.2. LA FAMILIA COMO “SOCIEDAD SOBERANA” Y LA JURICIDAD INMANENTE DEL AMOR DENTRO DE LA PROCREACIÓN ASISTIDA:

No resulta halagadora ni auspiciosa la existencia de una suerte de dicotomía entre el amor y el Derecho en sus efectos o consecuencias sociales, por cuanto de las investigaciones empíricas existentes se a logrado concluir citaciones o problemas o efectos sociales nada auspiciosos como: hogares resquebrajados, menos constituidos, sólidos o estables, incumplimiento de las obligaciones alimentarias, entre otros consecuentemente se hace imperativo adoptar un modelo paradigmático de unión familiar, siendo la tendencia a prevenirla de los efectos sociales nocivos. Por ello consideramos la necesidad urgente e impostergable de la regulación jurídica de la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida por ser esta ya una realidad social, científica y jurídica, etc., recurrente. Por lo mismo la juricidad inmanente del amor dentro de la procreación asistida resulta de importancia capital en las relaciones familiares y en especial en al procreación asistida hoy en día dado el vertiginosos avance científico y tecnológico de la procreática. Por consiguiente el amor en el derecho de familia y en la procreación asistida se encuentra vigente y es más es una característica propia y peculiar de la antropología personalista en la vida del ser humano y en su naturaleza ontológica.

Consideramos que la procreación asistida tiene una juricidad inmanente a través del amor y por ende la familia y a colación a decir de vuestra santidad Juan Pablo Segundo: “Las relaciones entre los cónyuges, como las de los padres y los hijos, también son constitutivamente relaciones de justicia y, en consecuencia, son realidades de por sí jurídicamente

importantes. El amor conyugal y paterno filial no es sólo una inclinación que dicta el instinto, ni una elección arbitraria y reversible, sino que es amor debido. Por tanto, ponerla ni a una elección arbitraria y reversible, sino que es amor debido. Por tanto, poner a la persona en el centro de la civilización del amor no excluye el derecho, sino que más bien lo exige, llevando a su redescubrimiento como realidad interpersonal y a una visión de las instituciones jurídicas que ponga de relieve su vinculación constitutiva con las mismas personas, tan especial en el caso del matrimonio y de la familia.

»¹⁵³

5.2. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL ES UNA FICCIÓN DEL VÍNCULO BIOLÓGICO

Tratándose de la filiación civil como un tercer género, en esta nueva clase de filiación, la llamada voluntad procreacional, conforme señaláramos ya anteriormente; constituye su fuente para establecer o determinar el nexo filial, a diferencia de la filiación por naturaleza en la que el nexo filial está dado por el dato biológico; también es pertinente precisar que para que se configure la llamada filiación civil, un sector de la doctrina moderna del derecho genético y de la aplicación sobre técnicas procreáticas consideran que la voluntad procreacional es una ficción del vínculo biológico, que concretamente para esta nueva clase de filiación civil se da. Nosotros sin dejar de compartir dicha posición, creemos que el nexo filial a determinarse por la filiación civil está dada en su fuente propiamente por lo que es la voluntad procreacional, aproximándose con este acto de voluntad al de la adopción sin confundirse con ésta.

¹⁵³ *L.Osservatore Romano*, edición en castellano, N.5, de 31 de marzo de 1997, p.10

Cabe resaltar que en la filiación civil prevalecen categorías jurídicas modernas en la que se le da prevalencia a los conceptos culturales y sociológicos. Es por ello que se afirma que ser padre comporta actuar responsablemente, cuidando a la prole, educándola de manera velada y oficiosamente, en tanto que el término progenitor hoy en día indica al vínculo o nexo biológico entre una persona y otra, siendo uno el genitor y la otra el generado; por lo que ser padre no necesariamente implica ser progenitor y viceversa. Por lo que en ese orden de ideas y teniendo en consideración lo expresado ya anteriormente consideramos que la filiación civil en la doctrina moderna trasciende lo que podría ser llamada por algunos autores como una ficción del nexo biológico dada por la llamada voluntad procreacional; por cuanto la paternidad del nuevo ser está determinada por ese acto de voluntad materializado en el consentimiento de asumir como hijo a ese nuevo ser, en una aplicación correcta en la teoría de los propios actos; por lo que particularmente entendida la voluntad procreacional en su real dimensión y alcances particularmente creemos que ese nexo filial propiamente entendida como acto jurídico no es una ficción si no más bien una realidad jurídica basada en ese acto volitivo consciente y responsable de hacer que la paternidad y la maternidad lo sea de quienes asumieran dicha decisión a través de ese acto voluntario, libre, espontaneo y consciente llamado voluntad procreacional, considerándosela como una ficción del vínculo biológico a efectos de la determinación del nexo filial.

5.2.1. POSIBILIDAD DE REVOCAR LA FILIACIÓN CIVIL CON TRATO SIMILAR A LA ADOPCIÓN.

Siendo la voluntad procreacional la fuente de la filiación civil y por ende del régimen paterno filial en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, considerando

que la voluntad procreacional es una ficción del vínculo biológico y como quiera que la filiación civil se asemeja a la filiación por adopción, teniendo ambas como sustento no el dato biológico sino la voluntad creemos que a **efectos de la irrevocabilidad** de la filiación civil es pertinente propiciarle o brindarle un trato similar al de la filiación por adopción.

5.3. EL PRINCIPIO DE LA AFECTIVIDAD Y EL AMOR COMO REALIDAD Y FUNDAMENTO DE LA FILIACIÓN CIVIL DE UN DERECHO DE FAMILIA ACTUALIZADO.

Hoy en día resulta innegable como señalamos ya anteriormente que el principio de afectividad sirve de principio inspirador de la voluntad procreacional y por ende de la filiación civil principio que es difícil normar pero que dentro del ámbito de la procreación asistida es vivenciado y es una realidad implícita concomitante e inmanente por lo mismo que debe ser reinventado en las técnicas procreáticas.

Compartimos la tendencia hacia un derecho de familia actualizado para ello se hace imperativo e impostergable incorporar nuevas categorías: sociales, jurídicas y científicas surgidas como consecuencia del vertiginoso avance científico y tecnológico. En este orden de ideas consideramos en cierta forma pertinente la posición adoptada por el Doctor Hernán Corral Talciani cuando señala: “Es ovio que no puede pretenderse en esta materia un simple regreso a las categorías y reglas de ordenamientos antiguos que, con sus defectos y virtudes, pertenecen a otras épocas históricas. Las tentaciones a la añoranza o al quietismo son evidentemente nefastas por anacrónicas. Además, la visión puritana y legalista del matrimonio que imperó en el siglo XIX tampoco puede ser recomendada como ideal de institucionalidad familiar.

Es necesario un esfuerzo mayor que nos ayude a discernir soluciones propias para nuestro tiempo, manteniendo y profundizando los aportes indudables que los cambios recientes del Derecho de Familia han realizado en los últimos años. En este sentido, una mejor comprensión de la individualidad de las personas, de su autonomía libertad y responsabilidad, así como una más profunda intelección de las consecuencias del principio de igual dignidad de todos los seres humanos deberían ser considerados como una contribución positiva al desenvolvimiento de las funciones familiares. Aparece así superada la visión un tanto formalista de la familia burguesa, que ponía el acento en lo institucional y en lo externo más que en la realidad personal implicada en la familia. De alguna manera, las personas eran consideradas meros instrumentos para la realización de fines institucionales, como la procreación y la educación de la prole.

Pero urge evitar el error inverso que es el instrumentalizar la comunidad familiar para hacerla un mero contexto fugaz y moldeable donde los individuos buscan realizar anhelos de felicidad individualidad. Este es el peligro que acecha al actual derecho de familia en el mundo occidental. Debiéramos ser capaces de superar la dicotomía entre amor y Derecho en que parece fundarse este riesgo de nueva instrumentalización mediante una reflexión más serena y reposada sobre la naturaleza misma del ser humano y el trasfondo ético de su libertad. La reinvención del sentido del matrimonio como confluencia armónica entre lo erótico y lo jurídico parece ser una clave fundamental en esta tarea. Un abandono, tanto de la idea del matrimonio-institucional legal, como la del matrimonio-comunidad interpersonal podría ser la clave para enfrentar los nuevos desafíos de la vida en familia en el siglo XXI...(sic). Más que reproducir las reglas y las pautas legales que otros países adoptaron en los años setenta y ochenta y que hoy, en los

comienzos de un nuevo siglo, revelan sus desacierto y fracasos, el desafío de los legisladores y juristas parece residir en observar cuidadosamente el panorama que ofrece el Derecho comparado, aguzar la imaginación, la creatividad y la sabiduría, y lograr así plasmar paulatinamente un sistema jurídico en el que justicia, amor, sexo, matrimonio y familia sean realidades que, lejos de autoexcluirse y repelerse, confluyen de modo armónico en pro de la felicidad de las personas y de la consistencia de la organización social.”¹⁵⁴

Es necesario tener presente en cuanto al amor como en su oportunidad lo precisara su Santidad Juan Pablo Segundo:”El amor sólo puede durar en cuanto unidad en la que el *nosotros* se manifiesta, no cuando no es más que una combinación de dos egoísmos en los cuales lo que se manifiesta son dos *yoes*. La estructura del amor es la de una comunidad interpersonales.”¹⁵⁵

5.4EL PROYECTO DE LEY DE ENMIENDAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984.

A) Estudio y revisión del Código Civil.

Como consecuencia de un trabajo académico, tesonero e incesante realizado desde el año de 1991 por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, a través de su Centro de Investigación, referido a la elaboración de un proyecto que a su vez concuerde con un anteproyecto de ley de enmiendas cuya finalidad tenga la revisión del Código Civil de 1984 y así llevar a cabo principales modificaciones, llenar vacíos y/o corregir errores que se advierten a través de los 10 años de vigencia del Código Sustantivo.

¹⁵⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit. pp. 310-311.

¹⁵⁵ WOJTLA, Carlos, Amor y responsabilidad, Plaza & Janes, Barcelona, 1996, pp.109

Concluido dicho trabajo, con fecha 4 de enero de 1995 fue presentado al Congreso Constituyente Democrático como un Proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984, siendo publicado el 7 de enero de 1995 por el diario oficial El Peruano.

Así por vez primera en nuestro medio se pretende en la codificación civil introducir en los Libros de Derecho de las Personas y en el de Derecho de Familia, principales propuestas innovadoras respecto del avance de la genética ya como una realidad insoslayable, tanto más cuando en la legislación comparada no existe precedentes al respecto.

Son precisamente los principios que inspira el derecho genético los que la comisión de Derecho de las Personas del mencionado Centro de Investigación pretende incorporarlos como normas legales.

Así reformula el artículo 5 del Código Civil de la siguiente forma¹⁵⁶:

"Artículo 5.- Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humano, se prohíbe las prácticas eugenésicas tendentes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos.

Ninguna modificación puede producirse al genoma o a las células humanas de una persona con la finalidad de alterar su genotipo, salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

¹⁵⁶ Cfr. **Cuadernos de Derecho**. Universidad de Lima. Lima: 1994, N° 4, pp. 96-100.

Igualmente, están prohibidas la cesión, manipulación o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos".

Como es de apreciarse el artículo reformulado comprende cuatro principios de trascendental importancia a través de los cuales se expresa:

- 1.- La protección a la integridad de la especie humana.
- 2.- El límite a la eugenesia médica.
- 3.- La protección al genoma humano, y;
- 4.- La prohibición de la cesión, manipulación o destrucción de embriones y sus productos.

Así, a criterio de la comisión se consideró que el Código Civil debe de contener normas generales de protección al ser humano las mismas que contengan los principios enunciados por específicas de la materia.

"Artículo 5 bis.- El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derecho patrimoniales. Los órganos, tejidos, células, genomas y productos del cuerpo humano no pueden ser, en cuanto tales, objeto de patente".

Se establece de éste modo que el cuerpo humano como realidad ontológica no se encuentra dentro del comercio de los hombres, no pudiendo ser objeto de derechos patrimoniales, proscribiéndose la comercialización y el lucro.

"Artículo 5.- Esta prohibido la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano. Los acuerdos de procreación o de gestación

por cuenta de otro son nulos. Las técnicas de reproducción humana asistida son regulados por la ley de la materia".

El artículo en mención fundamentalmente protege la dignidad del ser humano, considerando que la regulación y normatividad, las técnicas de reproducción humana asistida ya como realidad en nuestro medio merece un tratamiento amplio se remite a la ley que habrá de regular ésta materia.

B) Propuesta de reforma del Código Civil del Congreso Constituyente Democrático.

Una comisión especial conformada por Carlos Torres y Torres Lara (presidente) Carlos Fernández Sessarego (asesor científico), César Fernández Arce, Roger Cáceres Velásquez y otros revisan el proyecto de Ley de enmiendas del Código Civil presentado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima; acordando en sesión del 22 de febrero de 1995 la reestructuración de la propuesta de enmiendas del artículo 5, quedando su redacción en los términos siguientes:

"Artículo 5º.- Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana. Los caracteres genéticos del ser humano no deben ser alterados, ni modificado el genoma humano o las células de una persona, salvo el caso científico comprobado que tenga por finalidad eliminar o disminuir taras o enfermedades graves. Igualmente, no podrá ser cedidos, manipulados o destruidos los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos.

La fecundación de óvulos humanos sólo debe destinarse a la procreación no son exigibles los acuerdos de procreación o de

gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad.

Los principios contenidos en este artículo serán desarrollados por una ley especial".

El artículo 6, quedó redactado en los siguientes términos:

"Artículo 6.- El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y los productos del mismo, así como el genoma humano, no son objeto de derechos patrimoniales ni son patentables (...)"

La reestructuración del artículo 5 se debió a que el Código Civil debe regular de modo genérico los avances científicos, dada su especificidad, por ello la sintetizo en un solo artículo, precisándose que la regulación jurídica detallada de la materia que nos ocupa debe comportar la dación de una ley especial.

C) El Código de los niños y adolescentes (D. Ley N° 27337)

Es de destacar que el Derecho Peruano hace honor a su tradición por la defensa tanto del concebido como la persona humana. Así mismo tanto del Concebido como de la Persona Humana. Así nos lo han enseñado nuestros maestros sanmarquinos como es el caso del Profesor Carlos Fernández Sessarego.

La Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los niños y adolescentes publicada el 07 de agosto de 2000 a través de su artículo 1° actualmente es el único dispositivo legal que brinda protección directa al concebido de los vertiginosos avances científicos experimentados especialmente en la genética.

Cabe precisar a propósito de la norma en comento que el Art. 1° del Código los Niños y Adolescentes, se encuentra en concordancia con el Art. IV del Título Preliminar del acotado Código, así como con el Art. IX de dicho Título Preliminar; brindando y garantizando la vida del concebido, así como premuniéndolo de todos los derechos inherentes a la persona humana, y disponiendo que en toda decisión que adopte el Estado y los Jueces a considerar el interés superior del niño; respectivamente; sin soslayarse la convención americana sobre derechos humanos y la convención sobre los derechos del niño los mismos que han sido incorporados al derecho objetivo por los Arts. 55° y 3 de nuestra Constitución Política del Estado del año 1993.

En la regulación jurídica del Código de los niños y adolescente se establece:

Artículo 1- A la vida e integridad.

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndola de experimentos o manipulaciones genética contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Este dispositivo legal tiene como fuente inmediata el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 26102 (Código de los niños y adolescentes anterior) con igual tenor ya derogado y a su vez se inspira en la Propuesta de Asociación Mundial de Amigos de la Infancia al Proyecto de Convención del Niño.

Del análisis del referido artículo se aprecia la protección a la integridad del concebido, vale decir, a su unidad inescindible e invariable razón por la cual se prohíbe los experimentos o manipulaciones que atenten o sean contrarias también a su

desarrollo físico o mental, entendiéndose esto último a aquellas procedimientos o experimentaciones que pretendan modificar de manera negativa y perjudicial la unidad psicosomática del concebido en cuanto sujeto de derecho, siendo éste el límite de aquellos procedimientos genéticos.

D) Propuesta Integral de Reforma al libro de Familia

Para La Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de ley de Reforma del Código Civil, el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, como miembro integrante de dicha comisión, preparó la Propuesta Integral de Reforma al Libro de Familia del Código Civil para su debate y correspondiente aprobación en enero del 2004. El mismo que comporta modificaciones, adiciones o reubicaciones de los diversos artículos del mencionado Libro sobre el derecho de familia regulados por el Código Civil sustantivo. Cabe destacar que en dicha propuesta integral de reforma su autor y mentor el Dr. Varsi incorpora un Título III con la denominación de Filiación por Reproducción Asistida, que de nuestra perspectiva es propiamente la llamada filiación civil por la doctrina moderna. Destacando el aporte valiosísimo del Dr. Varsi¹⁵⁷ nos permitimos citar, el título pertinente no sin antes hacer la precisión que ésta es parte integrante de la Propuesta de Reforma referida y que para una cabal comprensión ésta debe ser leída con dicha propuesta en su integridad, la misma que ha sido publicada en la obra que es materia de cita:

¹⁵⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Divorcio Filiación y Patria Potestad”, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima-Perú, 2004. Pp. 370-372.

“TÍTULO III

Filiación por Reproducción Asistida

CAPITULO ÚNICO

Determinación de la filiación por reproducción asistida

Artículo 386°.- FILIACIÓN MEDIANTE FECUNDACIÓN ASISTIDA

La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, salvo las especiales contenidas en este capítulo.

No podrá hacerse ninguna referencia acerca del carácter de la procreación en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.

Artículo 387°.- DETERMINACIÓN DE LA PATERNDAD MATRIMONIAL EN EL CASO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista consentimientos expreso del marido, formalizado en documento público, para la realización de la reproducción asistida.
2. En los casos de reproducción asistida post mortem con material genético del marido el hijo será matrimonial siempre que:
 - A. Conste el consentimiento del marido para la reproducción asistida después de su muerte;
 - B. Se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple, y;
 - C. La reproducción asistida se realice en el plazo máximo de trescientos días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado pro la autoridad judicial.

Artículo 388°.- IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Se presume que el marido consintió la aplicación de la reproducción asistida en su mujer, salvo prueba en contrario.

No procede la impugnación de paternidad que sólo se sustenta en la reproducción asistida de la mujer, si se ha practicado de acuerdo con los artículos 386° y 387°.

Artículo 389°.- DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN EL CASO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

El consentimiento en documento público para la utilización de material genético en una técnica de reproducción asistida equivale al reconocimiento de la filiación.

En la fecundación asistida post mortem de aquel que convivía con la madre, el hijo se considera de éste siempre que concurren las condiciones previstas en el artículo 387°.2.

Artículo 390°.- DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.

La maternidad se determina por el parto. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético proviniendo de otra mujer o pareja.

Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro son nulos.”

Al respecto el ordenamiento jurídico propuesto es de suma importancia y armonizándolo con el derecho comparado considero que en efecto se logra la sistematización normativa sobre el particular. Así el:

“Artículo 386°.- FILIACIÓN MEDIANTE FECUNDACIÓN ASISTIDA

La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, salvo las especiales contenidas en este capítulo.

No podrá hacerse ninguna referencia acerca del carácter de la procreación en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil”.

Considero que dicho artículo acotado guarda armonía con la legislación comparada la misma que la ha tratado en:

- España:

Al respecto la ley N° 14/2006 prescribe que “En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”.

- Italia:

La ley italiana de la materia contempla, en su artículo 11, la creación del registro nacional de las estructuras autorizadas a la aplicación de las técnicas de procreación médicamente asistida, de los embriones formados y de los nacidos a causa de la aplicación de las técnicas mismas, pero no se indican medidas especiales de resguardo de estos datos, con lo que habría cierto grado de desprotección a la información de respecto a la forma en que el menor ha sido concebido, dato que aun hoy es considerado como dato sensible por lo que debe merecer un mayor grado de tutela.

- Francia:

Relacionado a este punto el Código Civil indica en su artículo que “Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, **en condiciones que garanticen el secreto**, su consentimiento al Juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación”, de esta forma se brinda un ámbito de protección al derecho a la intimidad de

los datos de su procreación del menor nacido por aplicación de las TERAS.

“Artículo 387°.- DETERMINACIÓN DE LA PATERNDAD MATRIMONIAL EN EL CADO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista consentimientos expreso del marido, formalizado en documento público, para la realización de la reproducción asistida.
2. En los casos de reproducción asistida post mortem con material genético del marido el hijo será matrimonial siempre que:
 - D. Conste el consentimiento del marido para la reproducción asistida después de su muerte;
 - E. Se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple, y;
 - F. La reproducción asistida se realice en el plazo máximo de trescientos días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado pro la autoridad judicial.”

El artículo acotado y propuesto a través de su inciso uno guarda armonía con el tratamiento legislativo comparado siguiente:

- España:

En la nación española, al permitirse a las mujeres solas someterse a la aplicación de algunas de las TERAS de las siguiente forma “La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación”.

En el caso de las mujeres casadas si el marido no prestó consentimiento, no imposibilita la aplicación de alguna técnica sino que puede impugnar la paternidad matrimonial del hijo nacido

- **Alemania:**

En este país la ley de la materia penaliza a quien “Emprenda la fecundación artificial de un óvulo sin que la mujer cuyo óvulo es fecundado y el hombre cuyo espermatozoide es utilizado para la fecundación hayan consentido en ello”.

Es decir que para la aplicación de las TERAS no sólo se requiere la manifestación de voluntad de la mujer que se va a someter a ella sino que también, si esta es casada o tiene pareja, debe éste último también consentir en ello. Evidentemente si se trata de una donación de gametos masculinos, el hecho de la donación implica consentimiento para la procreación, aunque en este ulterior supuesto no se genere filiación alguna entre el donante y el menor.

- **Italia:**

Como ya explicamos anteriormente, la ley italiana que regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo permite la aplicación de las mismas a parejas que formen un matrimonio o un concubinato y cuando ésta haya prestado un consentimiento informado. Consentimiento que debe contemplar, entre otros aspectos, que “El médico deberá informar de modo detallado [...] acerca de los métodos, los posibles efectos colaterales sanitarios y psicológicos derivados de las técnicas, las probabilidades de éxito y los riesgos de las distintas variantes, así como de las consecuencias jurídicas para la mujer, el hombre y el nasciturus. Se debe informar asimismo a la pareja acerca de la posibilidad de recurrir al procedimiento de adopción como alternativa a la procreación médicamente asistida; 2. La pareja deberá ser debidamente informada acerca del costo económico total del procedimiento [...].

Otra exigencia que se plantea es el hecho de que “Entre la manifestación de la voluntad y la aplicación de la técnica tiene que transcurrir un término no inferior a siete días. La voluntad puede ser

revocada por cualquiera de los sujetos indicados del presente inciso hasta el momento de la fecundación del óvulo”.

- **Francia:**

Los artículos 311-19 y 311-20 de Código Civil de este país, ya reseñados en el acápite anterior, evidentemente prescriben la necesidad del consentimiento de la pareja — sea el marido o el conviviente— para que una mujer pueda aplicarse alguna técnica de reproducción asistida.

Pero en este país se ha regulado con mayor precisión acerca del consentimiento disponiéndose que: “El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia”.

- **México:**

La Ley General de Salud mexicana dispone en su artículo 466 que “Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

Por su parte el artículo 4.112 del código material azteca dispone que “La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. La mujer casada no

podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción”. La claridad de estas normas nos relevan de mayor comentario.

Adicionalmente, el artículo 4.116 del Código Civil mexicano dispone que el consentimiento que se requiere de la mujer o del esposo, en cada caso, se debe otorgar judicialmente.

- **Argentina:**

Como ya indicamos anteriormente el actual Código Civil argentino no regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por lo que nada se dice respecto del consentimiento que requiere para la utilización de las mismas, aunque de acuerdo 243 del cuerpo legal indicado si el hijo producto de estas técnicas nació dentro del matrimonio se presume que éste es matrimonial.

Por su parte el proyecto de Código Civil de 1998 dispone en su artículo 112 que “Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”, entonces la mujer que se somete a una TERA debe haber prestado, necesariamente, su aquiescencia informada¹⁵⁸.

Para la aplicación de las TERAS en mujeres no se requiere del consentimiento del esposo o concubino, pues sólo se permite que éste impugne la paternidad del hijo concebido por éstas técnicas, cuando no ha prestado su consentimiento.

¹⁵⁸ Amplía este concepto el artículo 114 del mismo cuerpo normativo “Consentimiento informado. Cuando las circunstancias lo aconsejan, el paciente o quien debe dar su consentimiento en el caso del artículo precedente, debe ser informado razonablemente sobre el procedimiento médico, sus consecuencias y sus posibilidades curativas”.

- **Colombia:**

Al igual que en el caso alemán, en tierra colombiana se penaliza —vía el artículo 187 de su Código Penal¹⁵⁹— a quien “Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término. La pena anterior se le aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce (14) años”.

Ahora bien, respecto de la propuesta contenida en el Inc. 2 del Art. acotado esta se encuentra en armonía con el tratamiento que le ha dado el derecho comparado en los siguientes países:

- **España:**

En este país se permite la filiación *post mortem* pero de manera restringida de la siguiente forma: “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de

¹⁵⁹ Modificado por la Ley N° 599 de año 2000.

reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.

- **Italia:**

En este país este supuesto está prohibido por cuanto el artículo 12.2 de la ley pertinente indica “Quienquiera a cualquier título, en violación del artículo 5, aplica técnicas de procreación medicamente asistido a parejas cuyas miembro **no sean ambos vivientes** o uno de cuyas miembro sean menores de edad o bien que sean conformadas por sujetos del mismo sexo o no convivientes es castigado con la sanción administrativo pecuniaria por 200, 000 a 400, 000 euros”, por lo que en todo caso el nuevo ser sería considerado como extramatrimonial.

- **Francia:**

La ley material francesa al indicar en su artículo 311.19 que “El consentimiento [para aplicar una técnica de reproducción humana asistida] quedará privado de efecto en **caso de fallecimiento**, [...]antes de realizarse la reproducción asistida, con lo que evidentemente se está indicando que la filiación del menor corresponderá a la de un hijo extramatrimonial¹⁶⁰.

- **Argentina:**

El proyecto de Código Civil de 1998 dispone que “Pueden suceder al causante: a) Las personas humanas existentes al momento de su muerte. b) Las ya concebidas en ese momento que nazcan con vida. c) Las que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta (480) días de

¹⁶⁰ Aunque en los tribunales franceses existe el precedente de Corinne Parpalaiz una viuda, a quien el Tribunal de Creteil, Francia 1986, autorizó a ser inseminada con semen congelado de su marido muerto.

la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crioconservados del causante o de la crioconservación de un embrión formado con gametos de aquél, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante”.

Respecto a la propuesta normativa nacional contenida en el Art.

“Artículo 388°.- IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Se presume que el marido consintió la aplicación de la reproducción asistida en su mujer, salvo prueba en contrario.

No procede la impugnación de paternidad que sólo se sustenta en la reproducción asistida de la mujer, si se ha practicado de acuerdo con los artículos 386° y 387°.”

En derecho comparado se le ha dado el siguiente tratamiento jurídico.

- España:

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se rige por el Código Civil español que en su artículo 136 dispone que “el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil” o un año desde que el marido tenga conocimiento del nacimiento, con lo que se estipula un sistema abierto de impugnación de paternidad pero con límite temporal.

- Italia:

En este país el cónyuge o concubino que no haya consentido la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida puede impugnar la paternidad del menor de acuerdo a las reglas generales de impugnación de paternidad, entre las que se cuenta el hecho de que la acción impugnatoria es imprescriptible si es que el

reconocimiento se realizó por desconocimiento de la verdad del reconociente.

- **Francia:**

En el país galo el Código Civil dispone en su numeral 311-20 “El consentimiento dado a una reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado a menos que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento hubiera quedado privado de efecto. El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia. El que, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad hacia la madre y hacia el hijo. Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconociera al hijo que ha nacido”.

- **México:**

En este país se prohíbe que la mujer casada pueda acceder a una técnica de reproducción humana asistida sin consentimiento de su esposo; pero aún así esta prohibición se produjera el supuesto estudiado, el marido sólo podrá desconocer la paternidad sólo en los siguientes casos: artículo 4.149: Si el esposo ha otorgado su consentimiento tácito o expreso, no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; artículo 4.150: Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, y artículo 4.151: La acción

del esposo para contradecir la paternidad, deberá deducirla dentro de seis meses, contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho.

- **Argentina:**

En Argentina el Código Civil actual, artículo 258, dispone que “El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar previamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada”.

Por otro lado, el proyecto de Código Civil dispone en su numeral 563: “El marido puede impugnar la paternidad de los hijos que se presumen matrimoniales alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia es admisible todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de la madre. **No es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito.** La acción del marido caduca al año de la inscripción del nacimiento o de haber sabido del parto si prueba que no lo conocía”.

En cuanto se refiere a la propuesta nacional contenida en el Art. 390 de la propuesta integral de reforma a libro de familia del Código Civil Peruano. Hecha en los siguientes términos:

“Artículo 390°.- DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.

La maternidad se determina por el parto. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético proviniendo de otra mujer o pareja.

Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro son nulos.”

Considero que esta propuesta contenida en el Art. acotado ha sido acogida guardando armonía con el Derecho Comparado también a través por los siguientes países.

- España:

La legislación española a través del Art. 10-1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida expresamente señala: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero".

Entonces, de acuerdo al artículo 10-2 de la misma ley: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Lo cual constituye una excepción al principio de verdad genética, ubicándose así un defecto, vacío o deficiencia legal a la par que constituye como medio disuasorio, para quienes pretenden someterse a la realización de dicha técnica, en doctrina se hace eco además de la posición adoptada por la mayoría de los autores en el sentido de que la maternidad corresponda a quien alumbró al nuevo ser. El padre debe ser el marido de la mujer que dió a luz siempre que haya otorgado su consentimiento toda vez de que generalmente

es el mismo quien aporta el material genético masculino por lo que inclusive conjugará su paternidad genética con la legal.

- **Alemania:**

La ley alemana correspondiente prohíbe la maternidad subrogada pues en su artículo 1.1 sanciona penalmente a quien “Transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno”, o “Emprenda la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo”.

Otras conductas prohibidas son las de extraer de una mujer un embrión antes de concluir su anidación en el útero para transferirlo a otra mujer o para emplearlo con finalidad distinta a su conservación y emprender una fecundación artificial o una transferencia de embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente.

Evidentemente en este país, al igual que en toda la tradición jurídica romana, la maternidad se determina por el hecho del parto.

- **Italia:**

Aquí, como ya se indicó están prohibida la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida de tipo heterólogo, por lo que la ley pertinente dispone en su artículo 9 de que la madre no puede “declarar la voluntad de no ser anónima”, esto en tanto el parto determina la maternidad, por lo que cualquier acuerdo en sentido contrario es nulo.

- **Francia:**

En este país en principio es la madre el menor quien lo da a luz, pero existe un sistema abierto de investigación de la maternidad, así se ha prescrito en el artículo 341 del Código Civil que “La investigación de la maternidad se admitirá con reserva de la aplicación del artículo 341-1.

El hijo que ejercite la acción esta obligado a probar que era él a

quien la presunta madre parió. La prueba sólo puede aportarse si existen presunciones o indicios graves”.

El artículo 341-1 posibilita que “En el momento del parto, la madre podrá solicitar que se preserve el secreto de su ingreso y de su identidad”.

Es decir que, en buena cuenta, la maternidad se rige por el hecho del parto y probado esto se declara la filiación no importando pacto en contrario, por que los estados de filiación no son disponibles. Así el artículo 16-7 de dicho cuerpo legal prescribe que “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”.

Jurisprudencialmente en este país “El 31 de mayo de 1991, este Tribunal Supremo [se refiere a la Corte de casación francesa] citando los artículos 6 (orden público y buenas costumbres), 1128 (causa de las obligaciones) y 353 (condiciones de la adopción) del Código Civil, decidió lo siguiente: ‘La convención por la cual una mujer se compromete (incluso a título gratuito) a concebir y llevar una criatura con el fin de abandonarla en el día de su nacimiento es contraria a los principios de orden público, de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del estado de las personas’¹⁶¹.

La doctrina considera que “La solución adoptada por la Corte de Casación no es tan nueva como lo parece, porque ya antes la misma, el 13 de diciembre de 1989 (así como varias cortes de apelaciones), había proclamado la ilicitud y la nulidad de las asociaciones tendientes a favorecer al contrato de madre subrogada. Y con este motivo esos tribunales habían claramente afirmado que ese contrato era nulo”¹⁶².

¹⁶¹ CHABAS, Francois. “La corte de casación francesa y el asunto de las llamadas ‘madres portadoras’”. En: Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 1992, N° 21, pp. 163-166.

¹⁶² Para conocer con más detalle los casos presentados en varios países del mundo revísese a MEDINA, Graciela. “Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y

- **México:**

En este lugar rige la regla consistente en que “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, **del solo hecho del nacimiento**”, artículo 4.162 del Código Civil, por lo que los contratos de maternidad subrogada no surten efectos.

- **Argentina:**

En este país el Código Civil a través de su artículo 242 precisa que “La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, **por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido**”[...]. Por su parte el proyecto de Código Civil, tantas veces aludido, repite esta regla en su artículo 543 en donde indica que “La maternidad queda establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y de la identidad del nacido”; pero añade que “La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita”.

Es de advertir tanto en la propuesta de la legislación nacional como en el derecho comparado la tendencia mayoritaria es de que se prohíban la maternidad subrogada, pues se advierte que puede darse el caso de que sea una mujer done el ovulo o tralogesta y una tercera que vendría a ser la que contrata a ambas se quede con el recién nacido, dando lugar a la posibilidad de que susciten controversias jurídicas en torno a la maternidad, es por esta razón como se reitera debe darse dicha prohibición; prohibiéndose a su vez la denominada ovodonacion (“donación de óvulos”).

Respecto al Art. acotado (Propuesta Nacional) es de considerar que la donación de gametos masculinos debe ser regulada adecuadamente,

norteamericana”, trabajo disponible en <http://www.graciamedina.com> y a FARNÓS AMORÓS, Esther y Margarita GARRIGA GORINA. “¿Madres? Pueden ser más de una”. En: Indret. Revisa para el análisis del derecho. España: octubre de 2005, N° 306.

estableciéndose los exámenes y pruebas que deben cumplir los donadores.

A continuación revisemos cual es el tratamiento que recibe este tópico en algunos países.

- **España:**

En la tantas veces nombrada, Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida se permite la donación de ambos gametos sin distinción, así el artículo 5 de este cuerpo legal dispone que: “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta”.

- **Alemania:**

En forma diametralmente opuesta al caso anterior en este país se tipifica como delito la utilización de óvulos no pertenecientes a la mujer que se somete a la técnica de reproducción asistida. En ese sentido la Ley del 13 de diciembre de 1990 dispone que “Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien: 1. Transfiera a una mujer un **óvulo no fecundado ajeno**; 2. Emprenda la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del **embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo** [...]; 6. extraiga de una mujer un embrión antes de concluir su anidación en el útero para transferirlo a otra mujer o para empleado

con finalidad distinta a su conservación; [...]2. Introduzca artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano sin la intención de producir un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.

- **Italia:**

Tal y como conforme advierte el subtítulo de la ley N° 40 de 2004, en este país se prohíbe expresamente la fecundación heteróloga, así el artículo 4.3 de dicha norma ordena que “3. Es prohibido el recurso a técnicas de procreación médicamente asistido de tipo heteróloga”.

Como se puede verificar, no se distingue entre gametos masculinos y femeninos por lo que no se permite la aplicación de las TERAS con material genético que no pertenezca a la pareja que se somete a ellas.

- **Francia:**

En tierra gala se acepta libremente el recurrir a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida de tipo heteróloga, pues el artículo 311-19 que precisa que “En caso de reproducción asistida con un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación”, como el 311-20: “Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al Juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación”, no diferencian entre los gametos humanos, por lo que no existe limitación alguna en el sentido que indicamos.

- **México:**

En este país no existe prohibición alguna para la donación de ambos gametos humanos, así el artículo 4.115 de su Código Civil dispone que “En los casos en que la inseminación artificial se efectué con

esperma proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad”, no regulándose nada respecto de los óvulos por lo que bien se puede colegir que está perfectamente permitida.

Por su parte la Ley General de Salud de ese país, en su artículo 237 dispone que “Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito”.

- **Argentina:**

Al igual que en el caso mexicano el Código Civil argentino no dispone ninguna prohibición para la donación de gametos humanos por lo que no está prohibida la donación de espermatozoides ni la de óvulos.

Por otro lado el Proyecto de Código Civil dispone al respecto, en su artículo 543, que “La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita.”

E) **La Ley 25/2010 de 29 de Julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia (sobre el Tratamiento Jurídico de la Filiación”.**

La Ley 25/2010 de 29 de Julio entró en vigencia el 1ro de enero del año 2011 regulando propiamente el Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia. Dicha Ley obedece en principio a considerar al Derecho Civil como otras ramas a estar sujeto a un proceso mucho más dinámico en la época de las grandes codificaciones. Razón por la cual, la idea principal como fuente de inspiración es que el Código de Cataluña sea uno abierto tanto en su estructura como en su

contenido y que ha de ir reformándose de acuerdo a la presente Ley. Es de destacar que la fuente principal del Derecho Civil de Cataluña es la Ley en tanto que la costumbre tiene un rol secundario dado que solo rige en defecto de la Ley aplicable, la regulación reconoce a los principios generales del Derecho su función de autointegración.

Respecto a la autonomía a través del Art. 111-6 de dicha Ley ésta no se limita a la autonomía contractual, sino que tiene carácter de principio general. También se manifiesta la prevalencia del ejercicio de la autonomía privada sobre las disposiciones que no sean imperativas. Consideramos esta Norma de importancia y de aplicación inclusive para la filiación en la Reproducción Humana Asistida materia de nuestra Tesis, por cuando precisamente esta clase de filiación se basa en la autonomía de la voluntad, en el deseo de ser padres, muy al margen del dato biológico.

El tema de la filiación ésta contemplada en el Capítulo V del Libro II a través de la sección de sus disposiciones generales se determina que las clases de filiación pueden tener lugar por naturaleza o por adopción. En cuanto se refiere al consentimiento prestado a la fecundación asistida a la mujer ésta se la considera para efectos de la determinación de la filiación por naturaleza con relación a la madre de conformidad al Art. 235-3 de dicha Ley acotada. Respecto de la fecundación asistida de la mujer casada se norma a través del Art. 235-8 en el sentido que la filiación de los hijos serán matrimoniales del cónyuge que haya dado su consentimiento expreso para ello, al respecto debemos de mencionar que ésta no difiere respecto de nuestro anteproyecto de Ley que regule la filiación humana asistida, propuesto posteriormente como tampoco infiere la fecundación asistida practicada post-mortem con la única diferencia que para la mencionada Ley el proceso

de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido y que la autoridad judicial pueda prorrogar éste plazo por un tiempo máximo de 90 días es de advertirse conforme se colige de la Norma acotada que se la considerará como hijo matrimonial al hijo póstumo proceso de dicha fecundación llevada a cabo dentro de los plazos establecidos; en cuanto a la filiación no matrimonial el tratamiento jurídico es muy parecido a nuestro Código Civil Peruano con los agregados de que la filiación no matrimonial también se pueda establecer como consecuencia de un procedimiento penal o de un reconocimiento de hecho en codicilo.

La fecundación asistida de la mujer es normada por el Art. 235-13 de la Ley en mención, precisando que la filiación de los hijos nacidos por ésta técnica de reproducción humana son hijos del hombre o de la mujer que ha consentido expresamente a través de un documento público o extendido ante un centro autorizado; así mismo se contempla la fecundación asistida post-mortem del hombre que convivía con la madre, debiéndose considerarse como hijo de éste si concurren las condiciones que señaláramos anteriormente al comentar el Art. N° 235-8.2 en lo que sea de aplicación, es de advertir que en este caso la filiación del nuevo ser (post-mortem) será la de hijo no matrimonial. También es importante resaltar que en los procesos de filiación se admiten toda clase de pruebas, con la salvedad de que si la filiación se deriva de fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación, tampoco si es progenitor biológico del hijo; es también de precisar que para la impugnación de la paternidad matrimonial y no matrimonial se exige probanza de modo concurrente que el presunto padre no es progenitor de la

persona cuya filiación se impugna con la salvedad anteriormente señalada.

También es de advertir que en el ejercicio de las acciones de filiación no se requiere de la presentación de un principio de prueba.

Un aspecto innovador que se establece en ésta Ley es la contemplada en el Art. 235-19, referida a la filiación contradictoria a través del cual se precisa 1. La determinación de la filiación no tiene ningún tipo de efecto, mientras exista otra contradictoria; 2. Que no puede reclamarse una filiación que contradiga a otra que no sea establecido por sentencia firme. De ello se advierte que en caso de filiaciones contradictorias prevalece aquella que ha sido objeto de una investigación judicial de paternidad, esto es que se haya obtenido declaración judicial de filiación; resulta esto novedoso ante la eventualidad o posibilidad de que pudiera atribuirse la filiación a dos o más personas.

También es importante resaltar que este libro de familia incorpora la filiación ascendente y la colateral respecto del parentesco de los menores adoptados.

Otro aspecto de importancia trascendental es que éste libro reconoce la posibilidad de que una mujer conviva con otra mujer, pues le otorga la condición de madre a la otra mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida y que lo consiente, cabe resaltar que ésta se encuentra en concordancia con el añadido de un párrafo al Art. 7° de la Ley 14/2006 (Ley de Reproducción Asistida), española en el sentido de que el/la/nacido/a, se tiene el derecho de inscribir como hijo/a de ambas madres desde su nacimiento en el Registro Civil.

Es importante también la precisión que hace este libro en su disposición transitoria quinta al señalar que la filiación sea cual sea la fecha de su determinación tiene efectos retroactivos; así como también en precisar que las acciones de filiación nacidos al amparo de la entrada en vigor deben ajustarse a los plazos fijados por dicha legislación, salvo que el plazo fijado por el Código Civil sea el más largo; así mismo establece que la sentencias firmes sobre filiación dictadas al amparo de la legislación anterior no son óbice para que pueda plantearse una nueva acción fundamentada en un disposición del Código Civil vigente o alguna prueba contemplada al amparo de ésta. Esto se infiere de la mencionada disposición señalada.

Respecto es de advertir también que el tratamiento jurídico en cuanto se refiere a la filiación por fecundación asistida, considero que no ha sido sistematizada en una sección o capítulo especial sino su tratamiento se encuentra disperso en el capítulo referido a la filiación y considero además que esto obedece al hecho de reconocer la mencionada Ley dos clases de filiación, esto es por naturaleza o por adopción; sin embargo del tratamiento jurídico dado en lo pertinente a la fecundación asistida se advierte situaciones jurídicas innovadoras como ya señalamos.

F) Síntesis de la Propuesta.

El Anteproyecto de la ley que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida (filiación civil) que nosotros proponemos debe ser leído conjuntamente con las Propuestas de Reforma al Código Civil publicadas por la Comisión creada al efecto el 11 de marzo de 2006 en separata especial del Diario Oficial El Peruano:

LIBRO 1
DERECHO DE LAS PERSONAS
SECCIÓN PRIMERA
Personas Naturales

TÍTULO II
DERECHOS DE LA PERSONA

Artículo 4.- Tutela del embrión. Acuerdo de procreación.

1. Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones o fetos muertos.
2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación.
3. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad.
4. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.

Artículo 4-A.- Manipulación genética.

1. El genoma podrá ser modificado sólo para prevenir, disminuir o erradicar enfermedades graves.
2. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.
3. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.

Artículo 16-A.- Tutela de datos personales.

Toda persona cuyos datos estén registrados en cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público o privado, goza del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo los derechos de acceso a la información y los de rectificación o cancelación de datos, así como del derecho a exigir que los datos sean utilizados sólo con la finalidad para la cual fueron obtenidos.

Teniendo presente las consideraciones culturales, políticas, filosóficas y jurídicas expuestas a lo largo del presente trabajo proponemos, y teniendo en cuenta que nuestro País es una nación pluriétnica, pluricultural, pluriracial, etc.; proponemos a continuación, un anteproyecto de ley que contempla las enmiendas que se deben realizar a nuestro Código Civil vigente, quedando a juicio del legislador, dentro de las razones de técnica legislativa que estime convenientes, si lo considera como una ley especial o modifica, adiciona o reubica los artículos pertinentes de nuestro código material vigente, incorporándolo a su vez como una sección especial en el libro 3 sobre el derecho de familia regulados en el Código Civil.

**ANTEPROYECTO DE LEY QUE REGULE
LA FILIACIÓN EN LA
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

**TITULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

OBJETO Y ÁMBITO DE LA LEY

Artículo 1º Objeto de la Ley.

El objeto de la presente Ley es regular la filiación formal de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida, los mismos que se regularán por las normas vigentes salvo las especiales contenidas en esta ley, esto con arreglo a los principios del respeto a la dignidad humana, a los derechos humanos, a la integridad personal, y sin discriminación alguna fundada en la constitución genética, de acuerdo con las normas éticas.

Artículo 2º Ámbito de aplicación de la Ley.

La Ley se aplicará a los nacidos mediante usos médicos de las técnicas de reproducción humana asistida.

FILIACIÓN CIVIL Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

Artículo 3º Definición.

A los efectos de la presente ley, se entenderán:

1. Por “filiación civil”: la clase de filiación enseñada por la doctrina moderna y que propiamente es la filiación de los nacidos a través de

las técnicas de *reproducción humana asistida*, entendida ésta dentro de la fuente de la filiación formal.

2. Por "fecundación artificial": la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea o *in vitro*.
3. Por "inseminación artificial": la introducción de espermatozoides en una mujer por métodos distintos del acto sexual.
4. Por "fecundación *in vitro*": la fecundación de óvulos fuera del cuerpo de la mujer.

Artículo 4º Requisitos

Toda mujer mayor de 18 años de edad y con plena capacidad de ejercicio podrá ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida, siempre que haya prestado su asentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas de reproducción humana asistida, reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil.

Artículo 5º Decisión e información en relación con el tratamiento.

La decisión de someterse a un tratamiento con técnicas de reproducción humana asistida será adoptada por el médico. El mismo que emitirá un informe sobre el tratamiento y las consecuencias médicas en los intervinientes del proceso de fecundación como del nuevo ser. Se basará en la valoración médica y psicosocial de la pareja o mujer.

A la mujer o a la pareja se le proporcionará la información relativa al tratamiento y a las consecuencias médicas y jurídicas del mismo

Artículo 6° Autorización judicial.

Los cónyuges, la pareja y de ser el caso la mujer pondrán en conocimiento del Juez Especializado de Familia, el procedimiento de fecundación; explicando la situación propia y especial de cada caso, acompañando el informe referido en el artículo precedente, de tal forma que se autorice el tratamiento correspondiente, previo dictamen del Ministerio Público.

Artículo 7° Consentimiento.

Antes de que se inicie el tratamiento, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la mujer y, de ser el caso, de su cónyuge o pareja.

El médico que realice el tratamiento se asegurará del mantenimiento de la validez del consentimiento al inicio del tratamiento.

Artículo 8° Almacenamiento de espermatozoides. De los centros de fecundación asistida.

De los centros de fecundación asistida, sólo los centros específicamente autorizados a tal efecto por el Ministerio de Salud podrán aplicar las técnicas de reproducción humana asistida, además de congelar espermatozoides o almacenarlos por otros medios.

Artículo 9° Almacenamiento de óvulos fecundados, utilización y prohibición de almacenamiento de óvulos no fecundados.

Únicamente los centros que estén autorizados, con arreglo a lo previsto en el artículo 8°, a realizar la fecundación *in vitro* podrán almacenar óvulos.

Los óvulos fecundados sólo podrán ser utilizados para su implantación en la mujer de la que proceden los óvulos; deberán ser almacenados por un plazo indeterminado.

Así como queda prohibido el almacenamiento de óvulos no fecundados.

Únicamente estará permitido el tratamiento del espermatozoide antes de la fecundación para determinar el sexo del niño si la mujer es portadora de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

Artículo 10º Requisitos de la inseminación artificial.

Podrá aplicarse la inseminación artificial si el hombre es estéril o si padece o es portador de una enfermedad hereditaria grave.

En casos especiales, podrá recurrirse a la inseminación artificial, si la mujer es portadora de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo, según lo indicado en el apartado anterior.

Artículo 11º Requisitos de la fecundación *in vitro*

Sólo podrá tener lugar la fecundación *in vitro* si la mujer o el hombre son estériles, o si no se ha hallado la causa de la esterilidad. Dicho tratamiento únicamente podrá realizarse con los propios óvulos y espermatozoides de la pareja.

Podrá utilizarse los gametos masculinos de un donador, únicamente, en los casos de enfermedad hereditaria grave, de acuerdo con disposiciones más concretas dictadas por el Ministerio de Salud.

DIAGNÓSTICO PREIMPLANTATORIO

Artículo 12º Definición.

A los efectos de la presente Ley, por "diagnóstico preimplantatorio" se entenderá el examen genético del óvulo fecundado antes de su transferencia al útero

Artículo 13º Utilización del diagnóstico preimplantatorio.

Únicamente podrá realizarse el examen genético de un óvulo fecundado en casos especiales en los que exista una enfermedad hereditaria incurable sin posibilidad de tratamiento, con arreglo a lo prevenido en el artículo 12. El Estado podrá establecer requisitos detallados en relación con la realización de diagnósticos preimplantatorios.

Artículo 14º Selección de sexo.

Queda prohibido el examen de un óvulo fecundado para seleccionar el sexo de un niño, salvo en caso de enfermedad hereditaria incurable ligada al sexo.

TITULO II DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN FORMAL

CAPITULO I DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Artículo 15º De la filiación civil.

La filiación de los nacidos con las técnicas de la reproducción humana asistida, será considerada, según sea el caso matrimonial o extramatrimonial. Será matrimonial si la técnica se produce dentro de la unión matrimonial, y extramatrimonial si quienes recurren a las técnicas no se encuentran dentro del régimen conyugal

Artículo 16º Selección de donantes de esperma y prohibición de indagar la relación parental.

El médico que realice el tratamiento seleccionará un donante de esperma idóneo. No se podrá indagar la relación parental en la procreación asistida realizada con material genético de donante.

Artículo 17° Identidad del donante de esperma, del niño y de la pareja.

El derecho a la identidad personal constituye uno de los derechos de tercera generación del estado de cultura.

El personal médico tendrá la obligación de garantizar el secreto de la identidad del donante de esperma.

No podrá proporcionarse información alguna al donante de esperma sobre la identidad de la pareja o del niño. La identidad genética sólo podrá ser revelada a las autoridades médicas pertinentes por ser necesario para fines terapéuticos.

Artículo 18° Determinación de la paternidad matrimonial

Son hijos matrimoniales si existe consentimiento expreso del cónyuge que debe ser formalizado únicamente a través de escritura pública, para la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida en toda mujer que mantenga vínculo matrimonial. De no mediar la autorización del marido, el status del hijo producto de tal aplicación es el de hijo matrimonial aún tratándose de la aplicación de una tera heteróloga, mientras este no impugne dicha paternidad.

Artículo 19° Impugnación de la paternidad

No se podrá impugnar la filiación paterna por haber surgido ésta de una reproducción asistida, salvo que el marido no haya consentido la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, en su mujer, en cuyo caso será viable la impugnación.

Se presume que el marido consintió la aplicación de la reproducción asistida en su cónyuge salvo prueba en contrario.

Artículo 20°.- De la maternidad y/o paternidad extramatrimonial

En el caso de reproducción humana asistida de mujer sola o pareja no unida por vínculo matrimonial el consentimiento deberá constar en instrumento público e implicará un reconocimiento. El hijo nacido tendrá el status de un hijo extramatrimonial.

Artículo 21°.- Determinación de la maternidad. Prohibición de maternidad subrogada.

La maternidad queda determinada por el hecho del parto. La misma norma es de aplicación para los concebidos con el uso de material genético proveniente de otra pareja mujer. Los contratos o convenios de maternidad subrogada quedan prohibidos, de existir son nulos. En consecuencia la madre portadora no esta obligada a hacer entrega del hijo ni es pasible de indemnización por daños y perjuicios por su negativa.

Artículo 22°.- De la transgresión a la prohibición precedente.

A pesar de la prohibición y sanción acotada en el artículo precedente el status del hijo nacido como consecuencia de maternidad subrogada será el de matrimonial, en caso de que la mujer portadora mantenga vínculo uxorio vigente y su cónyuge no haya impugnado la paternidad, mientras que si es mujer sola será un hijo extramatrimonial.

Artículo 23°.- Fecundación *post mortem*.

Sólo se autorizará la fecundación *post mortem* si el cónyuge causante ha prestado, en su momento, consentimiento expreso para ello, por escritura pública o testamento; asimismo la fecundación debe realizarse a mas tardar a los 365 días de haberse producido el fallecimiento del causante y en dicho proceso sólo podrá concebirse un solo hijo, salvo el caso de parto múltiple. La determinación de la paternidad como consecuencia de una fertilización asistida o reproducción in vitro post mortem sólo generará efectos si a la

fecha del fallecimiento el material genético del difunto padre o el embrión procreado han sido transferidos a la mujer. La filiación será matrimonial si el niño nace dentro de los trescientos días de la muerte de su padre y si fuera después de los trescientos días de acaecido el fallecimiento tendrá el status de hijo extramatrimonial.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 24° Autorización de los centros.

La aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida de acuerdo con las disposiciones de la Ley únicamente podrá tener lugar en centros específicamente autorizados a tal efecto por el Ministerio de salud. En la resolución de concesión de la autorización se especificarán las modalidades de biotecnología médica que el centro esté autorizado a aplicar.

El Ministerio podrá establecer en la resolución requisitos adicionales para la autorización.

Artículo 25° Deber de información.

Todos los centros autorizados con arreglo a lo previsto en el artículo anterior remitirán una memoria escrita al Ministerio sobre sus actividades.

Artículo 26° Normas reglamentarias.

El Estado peruano podrá promulgar normas reglamentarias complementarias y de aplicación de la Ley.

Artículo 27° El Consejo Peruano de Biotecnología

El Estado peruano nombrará un Consejo que tendrá como cometido la emisión de dictámenes sobre los asuntos de la presente Ley y otras cuestiones relativas a la aplicación de las técnicas a instancia de parte o de oficio.

Artículo 28º Disposiciones transitorias

En relación con las actividades que tiene por objeto la presente Ley y que ya se estén realizando cuando la Ley entre en vigor, deberá presentarse una solicitud de autorización en el plazo límite determinado por el Estado. Siempre que la solicitud sea presentada dentro de dicho plazo, podrá proseguirse la actividad hasta la resolución de dicha solicitud.

Asimismo todos los centros que hasta la fecha hayan venido utilizando las diferentes técnicas de reproducción humana asistida deberán remitir copias de sus archivos a la instancia que determine el Ministerio de Salud.

CONCLUSIONES

1. El Derecho como ciencia y creación social no es inmutable, inmodificable, inamovible, sino es variable y dinámico en esencia. Sin embargo se advierte que el Derecho no avanza a la par con el vertiginoso avance científico y tecnológico desarrollado por las ciencias biomédicas, dándose por ello una suerte de asincronismo entre el Derecho y la realidad, no regulándose esta de manera inmediata.
2. El asincronismo que se da entre el Derecho y la realidad, debido a que en ésta el avance científico impuesto por la tecnología deviene en vertiginoso, es audaz, con tendencia liberal, a diferencia del derecho que cumple o mantiene un rol conservador; por lo que se hace imperativo que nuestras normas jurídicas sean revisadas periódicamente, a la luz de las instancias éticas, jurídicas y morales; a fin de contar con un ordenamiento jurídico remozado, actual y adecuado a las cambiantes situaciones de la realidad social científica y tecnológica.
3. La carencia de una ley específica o ad hoc sobre técnicas de reproducción humana en el Perú y menos aún la de una Teoría del Derecho Genético, con lleva a que nuestros Magistrados en una suerte de *lege data* recurran a los principios generales del Derecho para resolver las controversias que se suscitan en torno a la filiación como consecuencia de la aplicación de dichas técnicas, habida cuenta que el Juzgador no puede dejar de administrar justicia por vacío, defecto o deficiencia de la ley.
4. Un dato de nuestra realidad nacional es la utilización, cada vez más recurrente, de las técnicas de reproducción humana asistida por

miembros de nuestra sociedad, a pesar de que éstas técnicas no han merecido mayor tratamiento por parte de nuestra legislación; de esta forma los límites en su aplicación ha quedado supeditada a la particular formación ética de cada uno de los operadores de los servicios de salud que las aplican y de los escrúpulos, o de la falta de ellos, de los que se valen los usuarios de éstas.

5. Dada la utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, el legislador nacional no puede asumir posturas como la de los integrantes de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que en un momento determinado prohibieron la aplicación de la fecundación *in vitro* en su país, pues tal hecho supondría negar una situación de hecho incontrovertible y considerar que las normas jurídicas pueden cambiar la realidad fáctica, cuando en realidad son las normas las que deben adecuarse a las constantes cambios que se producen en la sociedad en que se aplican; por tal motivo consideramos errada la postura abstencionista que se aplica entre nosotros, pues hasta el momento no se norma o regula jurídicamente en nuestro país, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.
6. El desarrollo biotecnológico logrado hoy en día muy especialmente, en la procreática asistida, a trastocados principios jurídicos tradicionales en materia de Personas, Familia, Sucesiones y muy especialmente dentro del Derecho de Familia en lo concerniente a la filiación y sus consecuencias jurídicas como tema de mayor repercusión.
7. Haciéndose patética la necesidad de modificar nuestra legislación sustantiva con el carácter de urgente necesidad se hace imperativa la incorporación de una sección especial en el Derecho de Familia o la promulgación de una ley que regule lo concerniente a la filiación a través de las técnicas de la reproducción humana asistida.

8. Para la incorporación definitiva de una sección especial en el libro de familia del Código Civil vigente o la promulgación de una ley que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, o la promulgación de una ley sobre la materia (que regule la filiación civil) es necesario y conveniente que el legislador nacional propicie y cree un escenario adecuado de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, que se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana.
9. Respecto al libro III de nuestro Código Civil que trata del Derecho de Familia respecto a las relaciones que conllevan la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, de acuerdo a nuestra legislación vigente y a la incorporación en el mencionado libro de una sección especial que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida o una ley que regule propiamente la llamada filiación civil se debe tener en cuenta lo siguiente:

Con relación al libro I del Código Civil:

- Considerase de acuerdo a la postura adoptada por nuestra legislación nacional que el inicio de la vida humana se da con la concepción, se haya producida esta dentro o fuera del útero femenino.
- Cada embrión humano goza del derecho a la integridad por lo que toda intervención en él debe realizarse con fines terapéuticos y debe prohibirse todo tratamiento que suponga una alteración en su constitución o en la información genética que contenga, por lo que resulta imprescindible prohibir prácticas como las de elección de sexo, determinación de características fenotípicas —color de ojos, de cabello, etc.— que responden a satisfacer gustos particulares de las personas.

- Para la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida heteróloga se debe verificar que la situación de infertilidad no puede ser superada por la pareja de otra forma, pues se debe dar preeminencia a que las células sexuales pertenezcan a los cónyuges, propiciando adecuadamente la necesaria identidad genética entre los padres y sus hijos.
- En relación al derecho a la libertad, toda aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida debe partir del consentimiento informado de todos los sujetos involucrados en la misma, para la acreditación del tal consentimiento es necesario acreditar la plena capacidad de goce de las personas que se someten a estos procedimientos, aplicando los exámenes pertinentes, con el fin de proteger no sólo a los propios incapaces sino también al que esta por nacer; en tal sentido resulta necesaria la participación de los colegios profesionales pertinentes para que establezcan los protocolos especiales a ser cumplidos por los profesionales de la salud en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.
- Se debe reconocer que toda mujer sin vínculo matrimonial o que mantenga una relación convivencial puede acceder a una técnica de reproducción humana asistida, esto como parte de sus derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando acredite tener plena capacidad de obrar y demuestre tener las adecuadas capacidades personales y materiales para ello.
- Se debe reconocer el derecho del transexual comprobado científicamente, que se haya sometido a una adecuación de sexo de varón a mujer y haya obtenido sentencia judicial favorable sobre rectificación de cambio del dato de sexo en su Partida de Nacimiento, sin vínculo matrimonial o que mantenga una relación convivencial; a poder acceder a una técnica de reproducción humana asistida a fin de poder tener descendencia; teniendo como fundamento para ello la

libertad, la identidad sexual y su salud y siempre y cuando al igual que la mujer soltera o en unión de hecho acredite tener plena capacidad de obrar, demuestre tener las adecuadas capacidades y condiciones personales y materiales para tan noble propósito de tener descendencia, considerando que su tratamiento jurídico debe equipararse a la mujer soltera o en unión de hecho.

- En atención a la conclusión precedente debe permitirse las intervenciones quirúrgicas tendientes a adecuar los genitales al sexo vivido que presenta el o la transexual a fin de que éste pueda superar la disociación soma-psique y el conflicto existencial que vive en aras de su salud, teniéndose como fundamento la libertad, su libre desarrollo de la personalidad, su identidad sexual y su salud.
- No obstante que nuestro país no cuenta con una regulación normativa expresa respecto al tema de la identidad sexual, sin embargo el Perú adoptando una línea de solución propiamente planteado por los países democráticos, reconociendo la identidad sexual de las personas transexuales, viene disponiendo el cambio de sexo y nombre a través de decisiones (sentencias) dictadas por los órganos jurisdiccionales en vía jurisprudencial, lo cual constituye un hito importante en la jurisprudencia nacional sobre la base y el marco de los derechos fundamentales a partir del cual se erigen nuestras constituciones democráticas, teniendo siempre como fundamento y eje central el reconocimiento de la dignidad humana sin diferencia o distinción alguna.
- Teniendo como fundamento la libertad, la identidad personal y sexual de la persona humana debe reconocerse el derecho de los transexuales a poder adecuar tanto el nombre como el sexo que se registran en sus documentos de identificación como son: La Partida de Nacimiento, Documento Nacional de Identidad, Libreta Militar, Pasaporte, etc., a fin de garantizar su bienestar en el ejercicio de

proyección y reconocimiento de su autoconstrucción personal. La negación a ello significaría una limitación injustificada al derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad, inclusive podría significar una creación artificiosa de un tercer sexo lo que conllevaría inexorablemente a la discriminación y la inseguridad jurídica.

- Teniendo en consideración que no es posible a un determinar el momento en que aflora naturalmente en la persona transexual su verdadera identidad sexual, la rectificación registral de sexo tiene efectos ex nunc por seguridad jurídica. En consecuencia las relaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a la mencionada rectificación deben permanecer inalteradas, comprendiéndose dentro ellas inclusive las paterno-filiales.
- En los casos sui-géneris y o no previstos que pudieran surgir la solución para el establecimiento de la filiación paterna y/o materna se hará recurriendo a los principios generales del derecho, a la doctrina y al derecho comparado, por cuanto el derecho o concretamente los señores magistrados no pueden dejar de administrar justicia por defecto o vacío de la norma.
- La donación de gametos se debe limitar a las células sexuales masculinas, los espermatozoides, prohibiéndose la donación de las femeninas, los óvulos; con la finalidad de evitar la divergencia entre la madre genética y la madre que lo gesta. Para la realización de la donación indicada debe seguirse un procedimiento administrativo especial que contemple el examen del posible donador verificando que el material genético cedido sea apto para tal propósito, asimismo se debe limitar el número de veces en las que una persona sea donador.

A efectos de la filiación por la aplicación de la procreática asistida en relación propiamente al libro III del Código Civil se debe tener en cuenta:

- La filiación propiamente es un vocablo que deriva del latín *filius* cuyo significado desde el plano gramatical significa hijo, y se refiere a la procedencia de los hijos respecto a sus padres.
 - Frente al concepto tradicional de filiación basado en la trascendencia del hecho biológico de la procreación al ámbito jurídico puede formularse fundamentalmente dos objeciones; la primera porque se refiere únicamente a la filiación por naturaleza basada en el vínculo o nexo estrictamente biológico, pues la filiación por adopción constituye una creación legal; y la segunda objeción porque dicho concepto goza o tiene un carácter provisional ya que conforme al dinamismo propio del derecho de familia en especial en materia de filiación, conforme a la nueva realidad científica tras la aplicación de las TERAS se hace imperativo ofrecerse soluciones legales que mejor acompañen esos cambios a través de la denominada filiación civil.
10. Modernamente la filiación consanguínea basada en la existencia del presupuesto biológico y la filiación adoptiva no son las únicas clases de filiación, pues ha surgido una tercera clase de filiación, esto es la filiación en la reproducción humana asistida, el mismo que nuestro ordenamiento jurídico de modo alguno prohíbe.
 11. La filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida hasta ahora conocidas es la clase de filiación llamada filiación civil y enseñada por la doctrina moderna.
 12. El fundamento de esta nueva clase de filiación constituye la voluntad procreacional cuya manifestación se da con actos propiamente como el consentimiento expreso, sea esta por manifestación verbal o escrita

prestada previamente al uso de la tera o con el consentimiento o con actos como el consentimiento tácito o presunto mediante la entrega o cesión del material o componente genético para que se realice la concepción.

13. La determinación de la filiación de los nacidos por procreación asistida deberá de establecerse dentro de los límites o alcances conferidos por las leyes vigentes, la constitución y tratados internacionales y en caso de vacío legal, o deficiencia de nuestra legislación recurriéndose a los principios generales del derecho, prevaleciendo siempre en la interpretación y aplicación de las normas el interés superior del niño entendiéndose este como: “todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico y social para lograr el pleno y armónico desenvolvimiento de la personalidad del menor”.
14. Para la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida en toda mujer que mantenga vínculo matrimonial se debe exigir el consentimiento de su cónyuge, pues aunque no medie la autorización el estatus del hijo producto de tal aplicación es el de hijo matrimonial, aun tratándose de la aplicación de una tera heteróloga, mientras éste no impugne dicha paternidad. El consentimiento debe ser expresado únicamente a través de escritura pública en la que se le informará adecuadamente al cónyuge de las implicancias de su asentimiento.
 - La procreación asistida disocia la sexualidad de la reproducción, la concepción de filiación, trastrueca la concepción de la filiación, las nociones de los llamados padres: biológicos, legales, afectivos o aparentes. Disociándose a su vez por lo mismo de lo señalado valores y creencias tradicionales.
 - En el llamado estado de cultura y propiamente dentro de los derechos de tercera generación, el derecho a la identidad personal constituye uno de ellos, entendiéndose como tal que éste no sólo se limita o circunscribe a conocer su realidad

genética o biológica, sino que potencia el aspecto más humano y dinámico de la identidad como son una gama de aspectos esencialmente vinculados entre si, como el patrimonio ideológico y cultural de su personalidad, sumados a aspectos de índole y naturaleza espiritual, psicológica, o política así como a el conjunto de sus creencias, pensamientos , opiniones, comportamientos y actitudes sobre el mundo.

- Es importante destacar que el derecho de tercera generación: identidad personal no debe confundirse con el origen o “realidad biológica” en razón y toda vez de que el termino “realidad”, deriva del vocablo latín *ens realiter*, el cual es aplicable a la cosa u objeto a diferencia del vocablo latín *ens rationis* que es aplicable a la persona, de ahí la imposibilidad de confundir el término identidad personal con el de origen o realidad biológica.
- Con relación al derecho a la intimidad se debe establecer la prohibición de indicar en documentos públicos de fácil acceso las circunstancias en las que los menores han sido concebidos, por lo que los registros médicos deben ser accesibles sólo cuando está en riesgo la salud o la vida del mismo, o por mandato judicial.
- La donación de gametos masculinos debe realizarse en forma anónima no pudiéndose revelar al menor o a sus padres quien fue el donador, y a este último a quién o quiénes se aplicó la técnica de reproducción humana asistida o la identidad del menor producto de ella, sin perjuicio de aquello, el donador debe ser identificado adecuadamente en un registro especial que no debe ser de libre acceso, pero que de todas formas debe existir.

15. Cuando la procreación asistida a sido realizada mediando el consentimiento del padre, tratándose de una nueva clase de filiación (llamada filiación civil) diferente a la llamada consanguínea o natural; aquella carece de sustento en su origen biológico; pues es el acto de

voluntad procreacional la que determina la filiación del nuevo ser, aproximándose en esto aunque sin confundirse con la llamada filiación adoptiva.

16. En la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida heteróloga, de mediar el consentimiento del esposo, éste no podrá impugnar la filiación matrimonial del menor, para tal efecto el proceso de acreditación del consentimiento del cónyuge no debe limitarse a la exigencia de la escritura pública ya indicada sino que debe requerirse la confirmación de tal consentimiento, franqueándose de esta manera la posibilidad que dicho asentimiento sea cuestionado ya sea por los especiales supuestos de impugnación de la paternidad o por algún vicio en la manifestación de la voluntad contemplado en la regulación que se hace del acto jurídico.
17. En la reproducción humana asistida el menor producto de ella tiene el estatus de hijo matrimonial así se le haya aplicado a la cónyuge alguna técnica de reproducción humana asistida sin el consentimiento del cónyuge —a pesar de la prohibición ya indicada— y este no haya procedido a la impugnación de la paternidad en el plazo que indica el Código Civil. De producirse esta aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida no consentida por el cónyuge se debe facultar a éste para que pueda reclamar la pensión alimentaria para el menor a los profesionales de la salud que hayan intervenido, derecho que debe recibir tratamiento equivalente al que se le aplica actualmente a los hijos alimentistas, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiera lugar.
18. La regulación civil actual no prescribe que la donación de gametos masculinos no genera ningún vínculo filiatorio entre el donante y el menor, por lo que, hoy en día, en la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida heteróloga no existe impedimento alguno para que, mediante el nuevo proceso de filiación paterna extramatrimonial, se pueda establecer la filiación entre el donante y el

nuevo ser, a menos que este haya nacido dentro de un matrimonio y el marido no haya impugnado satisfactoriamente la paternidad.

19. Debe reafirmarse el viejo brocardo romano que indica que la maternidad queda determinada por el hecho del parto por lo que los contratos o convenios de maternidad subrogada deben ser prohibidos expresamente, en consecuencia la madre portadora no estará obligada a hacer entrega del hijo ni es pasible de indemnización por daños y perjuicios por su negativa.
20. A pesar de la prohibición de la maternidad subrogada, de producirse ésta el estatus del hijo nacido en aplicación de aquella será el de matrimonial, en caso de que la mujer portadora mantenga vínculo matrimonial vigente y su cónyuge no haya impugnado la paternidad, mientras que si es mujer sola, se trata de un hijo extramatrimonial. En ambos casos, cuando el marido de la mujer portadora ha impugnado válidamente la paternidad o se trate de mujer sola, el varón de la pareja contratante o el profesional que aplicó la técnica de reproducción humana asistida tiene la obligación de prestar la pensión alimentaria correspondiente.
21. Se debe prohibir la denominada fertilización asistida o reproducción *in vitro post mortem*, pues en la aplicación de toda técnica de reproducción humana asistida se debe exigir que los dos integrantes de la pareja estén vivos; entonces fuera de los niños que nazcan después de los 300 días de muerte del cónyuge (marido), tendrán el estatus de hijos extramatrimoniales. La única excepción es el caso en el que el cónyuge-causante haya prestado su consentimiento expreso por escritura pública o por testamento, y que la fecundación se realice dentro de un plazo prudencial de 365 días luego de ocurrido el fallecimiento del marido y por último, se limite esta técnica a un solo hijo.

- 22.** Siendo la voluntad procreacional la fuente y fundamento de la filiación civil, dicha voluntad es una ficción del vínculo biológico, con trato similar o parecido a la adopción aunque propiamente sin confundirla con ésta.
- 23.** Como consecuencia del avance científico y tecnológico y propiamente por la aplicación de las TERAS, la procreática asistida y en especial por la disociación que conlleva las nociones de padres biológicos, legales, afectivos o aparentes modernamente el concepto de padre tiene un contenido, un componente cultural, sociológico a diferencia del de progenitor. Ser padre implica e impone el deber de actuar oficiosa y veladamente cuidando y educando a la prole, mientras que el término genitor es utilizado para indicar el nexo de carácter biológico entre una persona y otra, siendo por ello uno el genitor y otro el generado; quedando en claro que modernamente no necesariamente suele identificarse las categorías jurídicas de progenitor con la de padre.

PROPUESTAS

1. Consideramos que se debe replantear nuestro sistema legal cerrado de impugnación de paternidad, considerándose como una causal más de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya prestado su consentimiento para la inseminación artificial homóloga u heteróloga o en todo caso se opte por un sistema legal abierto.
2. En cuanto respecta a la filiación civil se debe considerar la posibilidad de adoptar un sistema abierto para la determinación de la filiación del nacido a través de la aplicación de las TERAS.
3. La inseminación artificial *post-mortem* debe admitirse pero de manera restringida siempre que el cónyuge haya prestado su consentimiento expreso por escritura pública o por testamento, y que la fecundación se realice dentro de un plazo prudencial de 365 días luego de ocurrido el fallecimiento del marido y por último limitar esta técnica a un solo hijo.
4. La legislación debe considerar la posibilidad de impugnación de la maternidad por la presunta madre cuando el gameto femenino haya sido cambiado por el de otra mujer, ya que nos encontraríamos ante una suerte de fraude en la realización de la técnica de reproducción asistida, que ya sea de una manera dolosa o por negligencia causen perjuicio desde una perspectiva ética, moral y económica.
5. En los casos de maternidad subrogada con donación de ambos materiales genéticos, la filiación del nuevo ser debe determinarse a través de un proceso de adopción.

6. Debe reconocerse el derecho del transexual científicamente comprobado (que se haya sometido a una adecuación de sexo de varón a mujer y haya obtenido una rectificación registral de sexo) a poder tener descendencia con igual tratamiento jurídico y exigencias que se le debe reconocer a la mujer soltera o en unión de hecho a tan noble propósito de poder tener descendencia, recurriendo alguna técnica de reproducción humana asistida y si de haber recurrido a la maternidad subrogada pese a la prohibición de ésta, a través de otra mujer (“alquiler de vientre”) la filiación del nuevo ser se establecerá a través de un proceso de filiación adoptiva.

BIBLIOGRAFÍA

Libros.-

1. ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil. Introducción y parte general.** Decimoquinta edición. Librería Bosch. España: 2002.
2. BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. **Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana.** Editoriales de Derecho Reunidas S.A. España: 1997.
3. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. **“Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana”** Biblioteca de Derecho Privado, 55. Primera Edición, J.M. BOSCH EDITOR S.A. Barcelona-España: 1995
4. CIFUENTES, Santos. **El Derecho Civil de Nuestro Tiempo.** Gaceta Jurídica editores. Lima: 1995.
5. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. **Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.** Ediciones Paulianas, Bogotá: 1991.
6. CORRAL TALCIANI, Hernán. **Derecho y derechos de la Familia**, 1ª Edición 2005. Editora jurídica Grijley. Lima-Perú 2005.
7. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano.** Octava edición. Librería *Studium* ediciones. Lima: 1991.
8. ERRÁSURIS, Carlos José. “El matrimonio como conjunción entre Amor y Derecho en una óptica realista y personalista, en *scripta theológica*, vol. XXVI, España 1994.
9. ESPINOZA EZPINOZA JUAN, “Estudios de Derecho de las Personas” Segunda Edición, Editorial Huallaga E.I.R.L. Lima-Perú 1996
10. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Derecho de las personas.** Tercera edición. Editorial Huallaga. Lima: 2001.

11. FABREGA RUIZ, Cristóbal. **Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida**. Editorial Comares. España: 1999.
12. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la Identidad personal. Edit. Astrea Buenos Aires, 1992.
13. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho y Persona. Edit. Grijley. 3ra Edición Revisada y Aumentada Lima Perú 1998.
14. GACETA JURÍDICA. **Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas**. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I.
15. GALLARDO MALDONADO, Patricia. **Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida**. Memoria de prueba ante la Universidad de Austral de Chile. Chile: 2002.
16. HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen. **“La Filiación en la Fecundación Asistida: Consecuencias Jurídicas en torno a la misma”**. En: AA.VV. Ingeniería Genética y Reproducción Asistida. Edición de Marino Barbero Santos, Madrid: 1989.
17. HERRERA DEL COLLAO, T. **La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal**. Universidad de Granada, Monografías de Derecho Penal. España: 1991.
18. MARTINEZ-CALCERRADA; El Nuevo Derecho de Familia, Tomo II, Madrid 1982.
Derecho Tecnológico. La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de Noviembre 1988), Madrid, 1989
19. MEDINA, Graciela. **“Daños causados a los hijos en el marco de la fecundidad asistida”**. En: Daños en el derecho de familia. Rubinzal-Culzoni editores. Argentina: 2002.
20. MEDINA, Graciela. **“Daños en el derecho de familia”**. Segunda Edición Actualizada. Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.
21. MENDEZ COSTA, Maria Josefa. **La filiación**. Rubinzal y Culzoni S.C.C., Argentina: 1986.
22. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. **“Derechos Fundamentales y Derecho Privado”** Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú, 2009.

23. MIRANDA CANALES, Manuel. **Derecho de Familia y Derecho Genético**. Ediciones Jurídicas. Lima: 1998.
24. MIRANDA CANALES, Manuel. **ADN Como Prueba de la Filiación en el Código Civil**. Ediciones Jurídicas Copyright. Lima: 2007.
25. MIRANDA CANALES, Manuel. **Manual de derecho de sucesiones**. Ediciones Jurídicas. Lima: 2009
26. MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. **“La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario”**. En: Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México.
27. MORAN DE VICENZI, Claudia. **“El concepto de filiación en la fecundación artificial”** ARA Editores E.I.R.L. Impreso en Perú 2005.
28. MORO ALMARAZ M. Jesús. **Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial**. Librería Bosch, Barcelona España 1988.
29. MOSQUERA VASQUEZ, Clara. **Derecho y Genoma Humano**. Editorial San Marcos. Lima: 1997.
30. NORIEGA HOCES, Luis. **“Fertilización Asistida. Una esperanza de vida”**. En: SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Editorial San Marcos. Lima: 1998.
31. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Lengua Española**. Editorial Espasa. Vigésimo segunda edición. España: 2001.
32. RODRIGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario. **Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú**. Editorial San Marcos. Lima: 1997.
33. ROMEO CASABONA, Carlos María. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. España: 1994.
34. RUBIO CORREA, Marcial: **Reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y derecho**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996.
35. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho Genético. Principios Generales**. Editora Normas Legales. Trujillo: 1995.

36. VARSÍ ROSPILGIOSI, Enrique. **Derecho y Manipulación Genética**. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima: 1996.
37. VARSÍ ROSPILGIOSI, Enrique. **Divorcio Filiación y Patria Potestad**. Editora Jurídica E.I.R.L. Lima, 2004.
38. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho Médico Peruano**. Editora Jurídica Grijley. II Edición actualizada, ampliada y revisada Lima-Perú. 2006
39. VICO PEINADO, José. **El comienzo de la vida humana. Biótica teológica**. Ediciones Paulinas. Chile: 1991.
40. VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores "Huerfanos Biológicos", Edt. San Pablo, Madrid-España 1997
41. WAGNER GRAU, Patrick. **"Técnicas de reproducción asistida: Aspecto médicos, éticos y deontológicos"**. En: Bioética y Biojurídica. La unidad de la vida. Ediciones Jurídicas UNIFE. Lima: 2002, pp. 97-115.
42. ZANNONI, Eduardo A. **Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas**. Editorial Astrea. Argentina: 1978. pp. 51 - 53.
43. ZARRALUQUI, L. **"La Inseminación Artificial Heteróloga y la Filiación"** en BICAM, Julio-Agosto, 1986.

Revistas.-

1. ALBERTO IBARRA, César Esteban. **"Bioética y fecundación postmortem"**. En: Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2002, N° 2, pp. 242-251.
2. ARRIBERE, Roberto. **"Improcedencia e inconveniencia de la designación de un tutor especial a los preembriones criopreservados"**. En: Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina: noviembre de 2005, N° 46, pp. 12-23.
3. BANDA VERGARA, Alfonso. **"Dignidad de la persona y reproducción humana asistida"**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, Norma IX,

4. BISCARO, Beatríz. **"El Desconocimiento o Impugnación de la Paternidad en los casos de Inseminación Artificial Heteróloga"**. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Argentina, Tomo 1987-B.
5. BOSSERT, Gustavo. **El Derecho Civil de Nuestros Tiempos**. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima: 1995.
6. BOZA DIBOS, Beatriz. **"Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la 'reproducción humana asistida'"**. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1991, N° 45, pp. 71-110.
7. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. **"El delito de manipulación genética"**. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 2002, pp. 65-67.
8. BULLARD GONZALES, Alfredo. **"Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual"**. En: *Ius et Veritas*. Pontific
9. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. **"Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú"**. En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1998, N° 17, pp. 196-204.
10. CHABAS, Francois. **"La corte de casación francesa y el asunto de las llamadas 'madres portadoras'"**. En: Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 1992, N° 21, pp. 163-166.
11. CHOFRE SIRVENT, Jorge. **"Reproducción asistida y Constitución"**. En: Teoría y Realidad Constitucional. ÚNED. México: 2001, N° 7, pp. 343-363.
12. DOBERNING GAGO, Mariana. **"Status [sic] jurídico del preembrión en la reproducción asistida"**. En: Jurídica. Universidad Iberoamericana. México: 1998, N° 28, pp. 257 – 265.
13. DOBERNIG GAGO, Mariana. **"La selección de sexo: una alternativa de las técnicas de reproducción asistida"**. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 2003, N° 33, pp. 395-404.

14. DOBERNIG GAGO, Mariana. **“La crioconservación y la donación de gametos como una alternativa de la infertilidad”**. En: Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 2005, N° 34, pp. 447-459.
15. FARNÓS AMORÓS, Esther y Margarita GARRIGA GORINA. **“¿Madres? Pueden ser más de una”**. En: Indret. Revisa para el análisis del derecho. España: octubre de 2005, N° 306.
16. FERNÁNDEZ RUIZ, Paulo César y Silvana SEMINARIO SIFUENTES. **“Deficiencia en la regulación de las teras en nuestra legislación”**. En: *Ius*. Universidad Privada del Norte. Trujillo: 2004, N° 5, disponible en: <http://www.upnorte.edu.pe/ius/04/art06.htm>
17. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **“Las personas, el personalismo y la Constitución peruana de 1979”**. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1982, N° 36, pp. 81-96.
18. FRANÇA-TARRAGÓ, Omar. **“La reproducción asistida ante la ética y la ley”**. En: Bioética: compromiso de todos. Ediciones Trilce – Universidad de la República. Uruguay: 2003, p. 93-98.
19. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. **“El nuevo delito de lesiones en el concebido”**. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 2002, N° 103, pp. 73-76.
20. JORDÁN VILLACAMPA, Luisa. **“Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos”**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valencia: España: 2002, N° 1.
21. LLEDÓ YAGÜE, F. **Reflexión Jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana**. "La Ley" N° 177, 1985.
22. MALAESPINA, María Laura. **“Aproximaciones al estudio jurídico del genoma humano”**. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2000, tomo 75, p. 40. pp.37-42
23. MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. **“El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia”**; Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; N° 2 (Nueva Época); Madrid 1979; especialmente pp. 133-135.

24. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. **“Dignidad de la persona y derecho a la vida en la constitución y los instrumentos internacionales”**. En: Lumen. Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima: 2001, N° 2, pp. 17-24.
25. MOMBERG URIBE, Rodrigo. **“El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU.”**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, N° 2, pp. 199-205.
26. PALACIOS ZULOAGA, Patricia. **“La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional durante 2004”**. En: Anuario de Derechos Humanos 2005. Universidad de Chile. Chile: 2006, pp. 75-80.
27. PASCUCCI DE PONTE, Enrico. **“Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida”**. En: SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Universidad Alfonso X El Sabio. España: 2003, Volumen 1.
28. PIÑA, Roxana Gabriela. **“Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal”**. En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año I, N° 2, pp. 249-271.
29. QUISPE DÍAZ, Gilbert. **“Derecho e inicio de la vida humana”**. En: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2000, N° 2, pp. 26-27.
30. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. **“La tutela de los embriones congelados”**. En: Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina: noviembre de 2005, N° 46, pp. 5-11.
31. SAENZ DÁVALOS, Luis. **“El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo”**. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Trujillo: 2001, N° 29.
32. TABOADA CORDOVA, Lizardo. **“La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos”**. En: *Ius et Praxis*. Universidad de Lima. Lima: 1997, N° 27, pp. 185-191.

33. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. “**Los derechos sucesorios de los hijos superpóstumos**”. En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, N° 111, p. 97-99.
34. TURNER SAELZER, Susan. “**Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida**”. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, N° 2, pp. 206-216.
35. VALVERDE MORANTE, Ricardo. “**Debería permitir el Derecho peruano el uso de la reproducción artificial en mujeres solas**”. En: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2002, N° 2, pp. 355-364.
36. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “**Técnicas de reproducción asistida y Filiación**”. Entrevista sobre: **La primera casación en materia de procreación asistida**. En revista jurídica del Perú (Especial) Editora Normas Legales, Copyright Gaceta Jurídica S.A. Imprenta Editorial El Búhuo E.I.R.L. Primera Edición N° 93, Perú, Nov.-2008

Ley:

1. **LEY GENERAL DE SALUD**. Ley N° 26842 (publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20-07-1997).
2. LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL: Ley N° 28457 (Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 08-01-2005).
3. LEY N° 29715. Ley que modifica el Art° 2 de la Ley N° 28457 (Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 22-06-2011).
4. LEY 25/2010 del 29 de Julio, del libro segundo del código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, (Publicada en el “Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña” número 5686, de 5 de agosto de 2010).

Recursos en línea.-

1. BARBIERI, Javier. “**La Fecundación in Vitro y la Transferencia Embrionaria (FIVET) atentan contra el derecho a la vida de seres**

humanos indefensos". Ponencia presentada a la XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en:

http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/esp/docs-publicaciones/publicaciones/archivos/ponencia_barbieri.doc

2. CENTRO DE FERTILIDAD PROCREAR. **"Infertilidad afecta a más de un millón de peruanas"**, disponible en http://www.procrear.com.pe/articulos_1.php
3. MEDINA, Graciela. **"Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana)"**, trabajo disponible en <http://www.gracielamedina.com>
4. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. **"Acerca de la de 'inseminación artificial' y su discusión en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil"**. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>
5. REYES FARFÁN; Ana María. **"Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia"**. Lima: 21 de noviembre de 2002, artículo publicado en la Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú y está disponible en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=257>
6. SERRA, Ángelo. **"La contribución de la biología al Estatuto del embrión"**, disponible en: http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm.

ANEXOS:

I.- COMENTARIO A LA DOCTRINA NACIONAL JURISPRUDENCIAL

1. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: PRIMERA SENTENCIA EN CASACIÓN

Se trata de la Sentencia en Casación N° 5003-2007, publicada en el Diario Oficial EL Peruano el 03 de Setiembre de 2008. En un caso a través del cual se impugnó la maternidad de una niña procreado por reproducción humana asistida (a través de la denominada maternidad subrogada), en la que la mujer (madre del menor) había recibido un óvulo y espermatozoides ajenos. La impugnante de dicha maternidad fue la cónyuge del donante de los gametos masculinos (espermatozoides) quien accionó en representación legal de los derechos de su propio menor hijo. La casación en mención fue declarada procedente basada en los llamados errores in procedendo (contravención a las normas que garantizan la observancia a un debido proceso), lamentablemente el fallo no incidió sobre la pretensión de fondo materia de controversia, encausándose a los aspectos procesales de forma, esto es de reconocérsele a dicho menor representado por su señora madre, legitimidad para obrar respecto de la pretensión de impugnación de maternidad de la niña referida (media hermana del accionante) – como reiteramos – el fallo no se pronunció sobre el fondo de la controversia, sin embargo a través de dicha resolución en casación se pone en evidencia que se trata de un caso sui-géneris en la jurisprudencia nacional y se evidencia también la problemática jurídico – social que plantean la aplicación de la técnicas de reproducción humana asistida ante la falta de una legislación ad-hoc sobre reproducción humana asistida, ante el caso materia de comentario en el que la madre de dicha niña recurrió a la “inseminación artificial heterologa” y a la “ovodonación” a la vez. Casos como el mencionado se viene dando de hecho de manera recurrente, como consecuencia del uso de las diversas técnicas de reproducción humana asistida que posibilitan hoy en día el vertiginoso avance científico; por lo que se hace imperativa frente a

nuestra legislación restrictiva (Ley General de Salud) la dación de una ley ad-hoc ya referida, así como también la dación de ley que regule la filiación en la reproducción humana asistida con el carácter de urgente necesidad nacional a fin de que nuestros jueces cuenten con los instrumentos legales y estén adecuadamente preparados para enfrentar y dar solución adecuada a temas tan complejos como el caso en comento, en la que se ven involucradas aspectos y situaciones de suma sensibilidad social nada pacíficas del Derecho de Familia como son también los casos de identidad, transexualismo, etc. Consideramos que la solución a estos casos tendrá que darse pronto desde el marco legislativo.

2. CAMBIO DE NOMBRE: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se trata de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 20 de Abril del 2006 vía recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 02 de Marzo de 2005, que declara improcedente la demanda de habeas corpus de autos. Demanda interpuesta por habersele denegado el otorgamiento de un duplicado de su D.N.I.

Dicha demanda fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional ordenando al RENIEC (por vez primera en nuestro país) otorgar a demandante el duplicado de su D.N.I. con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, teniéndose en consideración que la demandante obtuvo una sentencia sobre Rectificación Judicial de nombre (de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas a Karen Mañuca Quiroz) dictada por el Poder Judicial.

La sentencia en comento establece que en el caso de la persona transexual para el cambio judicial de nombre y sexo debe recurrirse a la “vía ordinaria” (vía procedimental del proceso abreviado) y si se

opta por la vía tutela de urgencia consideramos que sería la del Proceso Constitucional de Amparo contemplado en el Art. 53° del Código Procesal Constitucional, por estar inmersa derechos fundamentales de la persona, identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad.

La sentencia en comento falla dejando en claro que se mantienen los demás elementos identitatorios como edad, sexo, lugar de nacimiento consignados en la partida de nacimiento; consideramos que esto último obedece a la naturaleza de la pretensión demandada (otorgamiento de duplicado de D.N.I. por haberse extraviado el anterior basada y en la rectificación judicial de cambio de nombre), razón por la cual inclusive hubo un voto singular en el sentido que esta debía limitarse al otorgamiento del duplicado del D.N.I. al que obedeció el trámite inicial. La sentencia marco un hito inicial en la jurisprudencia nacional al haberse reconocido por vez primera a través del Tribunal Constitucional; que la RENIEC proceda al otorgamiento del duplicado con el cambio de nombre de la persona “transexual” demandante; aun con las limitantes indicadas, como también al establecer la “vía ordinaria” para dicho cambio judicial de nombre (vía procedimental del proceso abreviado) – como reiteramos-

3. CAMBIO DE IDENTIDAD Y DE NOMBRE

3.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se trata del proceso signado con el Exp. N° 840-2005 seguido por ante el 3° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte cuya demanda sobre Declaración Judicial “de cambio de nombres masculinos de su mandante: NN así como el cambio de la identidad personal dice: manifestó un varón, que se desprende de su partida de nacimiento N° XXX, otorgada por la Municipalidad de Lima Metropolitana correspondiente al XXX, para la rectificación de su partida de

nacimiento. Debe decir en adelante N.N. así como el cambio de identidad personal debe decir en adelante “mujer” fue declarada IMPROCEDENTE por sentencia dictada en primera instancia por el 3º Juzgado Civil de dicha Corte con fecha 05 de Mayo de 2006.

Dicha sentencia conforme es de apreciarse de los fundamentos esgrimidos en ella muestra claramente una de las 2 tendencias jurisdiccionales en pugna a nivel del Poder Judicial la misma que tiene como sustento en la posición filosófica del neopositivismo. Considera además esta sentencia para denegar las pretensiones acumuladas, que el cambio no realizado por medio de una ley dictada por el congreso sino por vía jurisprudencial trastocaría profundamente “los fundamentos de nuestro derechos y de una sociedad como la nuestra, por lo que este juzgado no puede disponer dicho cambio de nombre e identidad, al ser consecuencia de un acto expresamente prohibido y que esta situación atentaría contra el bloque de constitucionalidad de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo:

3.2. LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Dictada, como consecuencia del recurso de apelación interpuesta contra la sentencia mencionada precedentemente; sentencia de vista dictada por la 1º Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Exp. N° 803-2005-0 con fecha 27 de Octubre del 2006, establece el inicio de una línea jurisprudencial la misma que tiene como sustento una posición filosófica distinta a la anterior (al neopositivismo) sino mas bien en la Constitución Política del Perú, al revocar FUNDADA la demanda, la sentencia marca un hito histórico constituyendo el primer precedente jurisprudencial sobre el tema directo de la identidad sexual y nombre; acogiendo la Sentencia del Tribunal

Constitucional anteriormente materia de comentario, establece el trámite en la “vía ordinaria”, vía procedimental del proceso abreviado y lo hace sin las limitaciones identitatorias de dicha sentencia.

La sentencia de vista constituye un precedente jurisprudencial sobre el marco de los derechos fundamentales a partir del cual se edifican las constituciones democráticas como la nuestra, en una suerte de solución planteados por Chile, Colombia, Brasil e incluso Francia para darle solución al problema de las personas transexuales, teniendo como eje central el fin supremo de la sociedad y el Estado, la persona humana y la dignidad del mismo.

II.- COMENTARIO A LA FILIACION EN LA LEY 25/2010 DE 29 DE JULIO, DEL LIBRO SEGUNDO DEL CODIGO CIVIL DE CATALUÑA RELATIVO A LA PERSONA Y LA FAMILIA

a. ESTRUCTURA

El mencionado libro se estructura en 3 Títulos: El Título I concerniente a la persona física 2 capítulos: El Capítulo I se refiere a la personalidad civil y capacidad, el Capítulo II a la Autonomía de la Persona en el ámbito de la salud; el Título II se refiere a las instituciones de protección de la persona, comprende 8 Capítulos: I Disposiciones comunes, II La Tutela, III La curatela, IV Defensor judicial, V La guarda de hecho, VI La asistencia, VII Protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente y VIII La protección de los menores desamparados; El Título III concerniente a la Familia a su vez comprende 7 capítulos referidos: el I Alcance de la institución familiar, el II Regímenes económicos matrimoniales, III Los efectos de la nulidad de matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, el IV Convivencia estable en pareja, el V la filiación, el VI Potestad parental y el VII Alimentos de origen familiar. En tanto que el

Titulo IV Trata los concerniente a las relaciones convivenciales de ayuda mutua. Además contiene en su estructura 9 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias y 5 disposiciones finales.

b. COMENTARIO GENERAL (FILIACION)

Respecto al tema de la filiación está contemplada en el, Libro II, Capítulo V; en su sección sobre disposiciones generales se trata de las clases de filiación; conforme al tratamiento jurídico de la filiación por la Ley 25/20010 de Cataluña precisada en la tesis debemos reiterar que para dicha ley se determina que las clases de filiación pueden tener lugar por naturaleza o por adopción. En cuanto se refiere al consentimiento prestado a la fecundación asistida a la mujer. Ésta se la considera para efectos de la determinación de la filiación por naturaleza con relación a la madre de conformidad al Art. 235-3 de dicha Ley acotada. Respecto de la fecundación asistida de la mujer casada se norma a través del Art. 235-8 en el sentido que la filiación de los hijos serán matrimoniales del cónyuge que haya dado su consentimiento expreso para ello, al respecto debemos de mencionar que ésta no difiere respecto de nuestro anteproyecto de Ley que regule la filiación humana asistida, propuesto posteriormente como tampoco difiere la fecundación asistida practicada post-mortem con la única diferencia que para la mencionada Ley el proceso de fecundación se inicia en plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido y que la autoridad judicial pueda prorrogar éste plazo por un tiempo máximo de 90 días, es de advertirse conforme se colige de la Norma acotada que se la considerará como hijo matrimonial al hijo póstumo proceso de dicha fecundación llevada a cabo dentro de los plazos establecidos, en cuanto a la filiación no matrimonial el tratamiento jurídico es muy parecido a nuestro Código Civil Peruano con los agregados de que la filiación no matrimonial también se pueda establecer como consecuencia de una procedimiento penal o de un reconocimiento de hecho en codicilo.

La fecundación asistida de la mujer es normada por el Art. 235-13 de la Ley en mención, precisando que la filiación de los hijos nacidos por ésta técnica de reproducción humana son hijos del hombre o de la mujer que ha consentido expresamente a través de un documento público o extendido ante un centro autorizado; así mismo se contempla la fecundación asistida post-mortem del hombre que convivía con la madre, debiéndose considerarse como hijo de éste si concurren las condiciones que señaláramos anteriormente al comentar el Art. N° 235 8.2 en lo que sea de aplicación, es de advertir que en este caso la filiación del nuevo ser (post-mortem) será la de hijo no matrimonial. También es importante resaltar que en los procesos de filiación se admiten toda clase de pruebas, con la salvedad de que si la filiación se deriva de fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación, tampoco si es progenitor biológico del hijo; es también matrimonial y no matrimonial se exige probanza de modo concurrente que el presunto padre no es progenitor de la persona cuya filiación se impugna con la salvedad anteriormente señalada.

También es importante resaltar que este libro de familia incorpora la filiación ascendente y la colateral respecto del parentesco de los menores adoptados.

También es de advertir que en el ejercicio de las acciones de filiación no se requiere de la presentación de un principio de prueba.

Un aspecto innovador que se establece en ésta Ley es la contemplada en el Art. 235-19, referida a la filiación contradictoria a través del cual se precisa 1. La determinación de la filiación no tiene ningún tipo de efecto, mientras exista otra contradictoria; 2. Que no puede reclamarse una filiación que contradiga a otra que no sea establecido por sentencia firme. De ello se advierte que en caso de filiaciones contradictorias prevalece aquella que ha sido objeto de una

investigación judicial de paternidad, esto es que se haya obtenido declaración judicial de filiación; resulta esto novedoso ante la eventualidad o posibilidad de que pudiera atribuirse la filiación a dos o más personas.

Otro aspecto de importancia trascendental es que éste libro reconoce la posibilidad de que una mujer conviva con otra mujer, pues le otorga la condición de madre a la otra mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida y que lo consiente, cabe resaltar que ésta se encuentra en concordancia con el añadido de un párrafo al Art. 7° de la Ley 14/2006 (Ley de Reproducción Asistida), española en el sentido de que el/la/nacido/a, se tiene el derecho de inscribir como hijo/a de ambas madres desde su nacimiento en el Registro Civil.

Es importante también la precisión que hace este libro en su disposición transitoria quinta al señalar que la filiación sea cual sea la fecha de su determinación tiene efectos retroactivos; así como también en precisar que las acciones de filiación nacidos al amparo de la entrada en vigor deben ajustarse a los plazos fijados por dicha legislación, salvo que el plazo fijado por el Código Civil sea el más largo; así mismo establece que la sentencias firmes sobre filiación dictadas al amparo de la legislación anterior no son óbice para que pueda plantearse una nueva acción fundamentada en un disposición del Código Civil vigente o alguna prueba contemplada al amparo de ésta. Esto se infiere de la mencionada disposición señalada.

Respecto es de advertir también que el tratamiento jurídico en cuanto se refiere a la filiación por fecundación asistida, considero que no ha sido sistematizada en una sección o capítulo especial sino su tratamiento se encuentra disperso en el capítulo referido a la filiación y considere además que esto obedece al hecho de reconocer la mencionada Ley dos clases de filiación, esto es por naturaleza o por adopción; sin perjuicio del tratamiento jurídico que

se le da a la fecundación asistida como ya lo señalamos anteriormente.

LA PRIMERA CASACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL PERÚ

CAS. N° 5003-2007-LIMA. Lima, seis de mayo del dos mil ocho. **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa número cinco mil tres-dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1. **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiséis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene.

2. **FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el

supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), para accionar, toda vez que este es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del *ius sanguina*, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídica procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la

condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el *ius sanguine* per se otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el faso reconocimiento de su hermano.

3. **CONSIDERANDO. Primero:** La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido afectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. **Segundo:** De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de este, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodanación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud. **Tercero:** Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se hay afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar.

Cuarto: El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: “juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica”. **Quinto:** La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad *ad causam* es la titularidad que tiene la personas respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso que la parte actora no tenga la legitimidad *ad causam*, la acción será, evidentemente, improcedente. **Sexto:** Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional. **Séptimo:** De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. **Octavo:** Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el

pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. **Noveno:** Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, ésta referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses. **Décimo:** Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral. **4. DECISIÓN:** a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2 ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia **NULA** la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. **b) ORDENARON** que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE,
MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO
BAQUEDANO.

EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC

LIMA

KAREN MAÑUCA

QUIROZ CABANILLAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del Magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 73, su fecha 2 de marzo de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), tras considerar que al denegarle el otorgamiento de un duplicado correspondiente a su Documento Nacional de Identidad (DNI) se vulneran sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Manifiesta que la emplazada no le otorga el duplicado de su DNI N.º 19327439 desde hace más de 4 años, no obstante haber cancelado los

pagos correspondientes para tal expedición, y que tampoco ha emitido resolución alguna en la que señale los motivos por los cuales no le ha entregado el duplicado en referencia; por el contrario, los funcionarios de la entidad demandada le indicaron, en forma verbal, que su identidad se encontraba cuestionada, siendo necesario que presente su Partida de Nacimiento, requerimiento que oportunamente cumplió. Sin embargo, y pese a ello, le han continuado denegando el duplicado correspondiente. Expresa, además, que en el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre Rectificación de nombre y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial dispuso la rectificación de su nombre, conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad. Con dicha acta es que se apersonó a la entidad demandada con la finalidad de que se consignen sus nombres rectificados judicialmente, razón por la cual se le entregó el DNI N.º 19327439, cuyo extravío ha originado el que tenga que tramitar el duplicado que, sin embargo, ahora se le niega.

Practicadas las diligencias de ley se recibe la declaración de don Eduardo Octavio Ruiz Botto, en su condición de Jefe del RENIEC, quien manifiesta que asumió el cargo en el mes de octubre de 2002 y, por ende, hace cuatro años no era jefe, ni tuvo conocimiento de alguna negativa de otorgar la identidad a la parte demandante. Por otra parte, expresa que la validación de los datos se realiza en la Gerencia de Operaciones, efectuándose un promedio de veinte mil trámites diarios relacionados con el DNI. En todo caso, precisa que por información obtenida con posterioridad a la interposición de la demanda ha tomado conocimiento que se canceló el DNI de la parte actora por haber realizado múltiples inscripciones; es decir, que tenía varios números de DNI con nombre masculino y femenino, desconociendo si fue debidamente notificada de la cancelación de su DNI con identidad femenina o si ha sido denunciada penalmente por la comisión de tales hechos.

El Procurador Público del RENIEC se apersona al proceso y expresa que la parte actora ostenta una trayectoria pretensora de doble identidad sexual,

como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas y como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas; que con fecha 4 de mayo de 1976 obtuvo una Boleta de 7 dígitos o Libreta Electoral N.º 1211481 bajo el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas con sexo masculino; posteriormente, con fecha 19 de octubre de 1984, obtiene la Partida de Inscripción N.º 19203903 en base a la inscripción anterior y nuevamente a nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, con sexo masculino. Luego, con fecha 8 de junio del 2001, se presentó ante la Agencia de Lima solicitando un trámite de rectificación de datos del DNI N.º 19203903, el cual fue rechazado con la observación “Por Oficiar Partida de Nacimiento”, siendo pertinente puntualizar que, a la fecha, es el citado DNI el que se mantiene habilitado en el sistema computarizado ANI/RENIEC. Por otra parte, con fecha 26 de junio de 1989, la misma persona obtiene la Inscripción N.º 19238729 a nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, con sexo femenino, posteriormente, con fecha 1 de julio de 1992, obtiene la inscripción N.º 19327439, teniendo como sustento el documento anterior, consignando los mismos nombres, género y demás datos. Finalmente, con fecha 25 de febrero de 1997, la parte actora obtiene el Documento N.º 19327439, según el Formulario N.º 00209464, a través del trámite de duplicado, identificándose nuevamente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. A raíz de todos estos hechos la Unidad de Investigaciones de la GO/RENIEC realizó un Examen de Confrontación Monodactilar que concluyó que existía identidad dactilar entre todas las muestras, tratándose de una misma persona biológica que, sin embargo, había realizado dos inscripciones. Por tales razones se canceló la Inscripción N.º 19327439 a nombre de Karen Mañuca, por tratarse de una nueva inscripción efectuada por el ciudadano Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, no habiéndose vulnerado derecho constitucional alguno.

El Trigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de febrero de 2005, declara improcedente

la demanda de hábeas corpus, por considerar que la parte actora no ha esclarecido su verdadera identidad, ni tampoco ha señalado los pormenores

relacionados a su doble inscripción en el RENIEC. Por otra parte, las anomalías que pudieron cometerse en el proceso regular deben resolverse dentro de él mismo y no en uno de naturaleza constitucional, ya que no hay vulneración a la libertad individual.

La recurrida, confirma la apelada esencialmente por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. Según fluye de autos, mediante la demanda la parte actora persigue que el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) expida el duplicado de su Documento Nacional de Identidad, tras considerar que la negativa de realización de dicho trámite vulnera sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, y a la libertad personal.
2. En el contexto señalado, es pertinente precisar que lo que la parte actora reclama en el presente caso no sólo se limitaría a la expedición formal del citado documento de identificación, sino a que éste contenga los datos renovados que señala (nuevo nombre), en mérito a la rectificación de su Partida de Nacimiento, de manera que no sólo se trataría de un nuevo documento sino de una nueva forma de identificarse, ya no como don Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, sino como doña Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, la cual ya ha ostentado, según se aprecia de la copia del DNI que corre a fojas 8 de autos.

Los problemas colaterales alrededor del presente caso

3. En principio, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar que del

caso de autos subyacen una serie de problemas respecto de los cuales es necesario emitir pronunciamiento, habida cuenta que la discusión planteada contiene elementos que van más allá de un asunto meramente formal o legal, pues comprometen otros valores constitucionales que, por su propia relevancia, requieren de definición expresa.

4. En tal sentido, este Colegiado se pronunciará acerca de lo que representan el principio de dignidad, el derecho a la identidad y el rol del Documento Nacional de Identidad.

El Principio Derecho Dignidad y sus alcances

5. Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.
6. Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por

base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

7. De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” [STC N.º 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva]

De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales.

Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna.

Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana.

8. En ese sentido, este Tribunal debe establecer que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de

garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano.

9. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprehensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica^{1[1]} (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido).

¹ STC N° 0050-2004-AI.

Una vez identificado este contenido práctico –objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres-, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el *principio-derecho* de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC N.º 0050-2004-AI (acumulados), N.º 0019-2005-PI/TC, N.º 0030-2005-PI, N.º 1417-2005-AA, N.º 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un *principio* como un *derecho fundamental*, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

10. El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares.

Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

La partida de nacimiento

11. Es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana.

Naturaleza jurídica y trascendencia de la partida de nacimiento

12. La partida de nacimiento constituye un asiento registral y sus certificaciones instauran probanza legal:

- Del hecho de la vida.
- De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.
- Del apellido familiar y del nombre propio.
- De la edad.
- Del sexo.
- De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.
- De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio.

Es el documento que acredita la filiación y paternidad, la nacionalidad por la estirpe, la mayoría automática, por el transcurso del lapso legal, y la inscripción en otros registros, para efectos causales.

La partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, debe constituir microbiografía jurídica de cada persona.

De acuerdo con la legislación de cada país, está establecido que el registro civil expide documentos que los interesados utilizan con el objeto de acreditar los hechos que han sido motivo de registro. En algunos países se expide solamente un tipo de documento para cada especie de hecho, el cual es una copia textual del asiento efectuado originalmente para realizar la

inscripción del hecho en el registro; a este documento se denomina partida. En otros países los documentos se expiden para cada hecho y pueden ser de texto diferente, según el objeto al cual esté destinado.

Elementos de la partida de nacimiento : nombre del individuo al nacer

13. El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Asimismo, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros.

El apellido

14. Designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno.

El apellido no puede cambiarse respecto al que consta en la partida de nacimiento, salvo por tramitación administrativa judicial. El apellido

establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. Se transmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos dado el caso por sentencia judicial.

El sexo del individuo

15. Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse.

Fecha de nacimiento (hora, día, mes y año del nacimiento - día de la inscripción)

16. Establece la mayoría de edad automática; en el caso peruano, el derecho a obtener el documento nacional de identidad (DNI) se detenta desde los 18 años. La fecha de nacimiento determina límites para la celebración de actos jurídicos (matrimonio, adopción). Asimismo, la edad constituye un requisito para acceder a cargos públicos y para el goce de los derechos previsionales. Mediante la fecha de nacimiento se establece el momento en que se adquiere la ciudadanía, y se dota de derechos y deberes a la persona, con los cuales puede participar, dentro de sus limitaciones, en la vida pública del Estado; tales derechos pueden ser los relacionados con los beneficios que garantiza el Estado, así como la entrega del documento de identidad nacional, asistencia consular en el exterior o cualquier otro derecho contemplado en las normas del Estado.

El lugar de nacimiento

17. Vínculo político y social ("nacional") que une a una persona con el Estado

al que pertenece. Establece la nacionalidad, que a su vez significa la pertenencia de una persona a un sistema jurídico concreto dictado por un país. Este vínculo del individuo con un Estado le genera derechos y deberes recíprocos.

Identidad y dirección de los padres

18. Establece la filiación y la paternidad es decir, el vínculo familiar respecto al hijo en primer grado de consanguinidad en línea recta; asimismo, otorga deberes y derechos tales como la patria potestad y la complejidad de otros que de ella derivan. En el ámbito del derecho penal sirve para establecer circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes. Estos datos, como la identidad, la dirección, nacionalidad y profesión de los padres, tienen efectos útiles para fines estadísticos.

Nombres y apellidos del registrador

19. Mediante estos datos se corrobora la formalidad y legalidad de la información que se consigna en la partida de nacimiento, de acuerdo a la legislación peruana. La partida de nacimiento debe contener el nombre y apellido, así como la edad, estado civil, naturaleza, profesión u oficio y domicilio de las partes que intervienen en el acto de inscripción.

Tratamiento de la partida de nacimiento en la legislación

20. La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece que los actos concernientes al estado civil de las personas –en primer término, por supuesto, el nacimiento– se harán constar en el registro civil. Las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas

dependencias.

Las inscripciones de los nacimientos no contemplados en el párrafo anterior, se efectuarán dentro de un plazo de treinta (30) días y se llevarán a cabo, preferentemente, en la dependencia del registro bajo cuya jurisdicción se ha producido el nacimiento o del lugar donde reside el niño.

Las partidas del registro civil contienen la información referente al nombre de la persona. Ello permite, dado que los registros son públicos, que cualquier persona pueda solicitar la transcripción literal de la partida en la que consta de modo auténtico el nombre que corresponde a todo sujeto de derecho. La partida acredita en forma veraz el hecho en ella contenido, es una prueba preconstituida, salvo que se demuestre judicialmente su falsedad.

En efecto, de conformidad con el artículo 41º de la Ley Orgánica del Registro Civil de Identificación y Estado Civil, el registro del estado civil de las personas es obligatorio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44º del mismo cuerpo normativo, los nacimientos se inscriben en el registro de estado civil.

La inscripción del nacimiento es el acto oficial en virtud del cual la persona legitimada por ley pone en conocimiento del funcionario competente del registro de estado civil, el nacimiento de una persona y el nombre propio con el que quedará inscrita; por ello, es razonable que se remita la prueba del nombre a lo que resulte en dicho registro, máxime cuando cualquier variación y los actos que de una u otra forma inciden en el nombre de la persona, también se inscriben en el citado registro; ya que, además, se inscriben en este los cambios o adiciones de nombre, las adopciones, las sentencias de filiación y el reconocimiento de hijos, entre otros.

Asimismo, dado que el registro del estado civil tiene carácter público,

cualquier interesado puede solicitar la expedición de las constancias de inscripción respectivas, las que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58° de la citada ley orgánica, son consideradas instrumentos públicos y constituyen prueba fehaciente de los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad. En este sentido, la información relativa al nombre obrante en el registro del estado civil, acredita en forma veraz el nombre de una persona determinada.

No obstante, debe precisarse que si bien la inscripción del nacimiento de una persona en el registro de estado civil prueba el hecho del nacimiento y el nombre de la persona, ello no significa en modo alguno que dicha inscripción constituye también medio de prueba de la filiación de dicha persona. Incluso cuando al momento de inscribir el nacimiento y subsecuente nombre también se haya efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en tal caso, en puridad, será este último acto el que acredite la filiación, mas no la inscripción del nacimiento. Al respecto, el artículo 52° de la ley orgánica antes citada contempla una disposición expresa en el sentido señalado.

Por otro lado, si bien el incumplimiento de la obligación de registrar el nacimiento y subsecuente nombre de una persona impide la obtención del documento nacional de identidad (DNI) y la expedición de alguna constancia por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y, consecuentemente, el ejercicio de los derechos para los que se requiere la previa obtención del DNI o la previa identificación de la persona, la falta de inscripción del nacimiento de una persona no autoriza en modo alguno que se desconozcan o nieguen los derechos que le corresponden como ser humano, que son inherentes a su condición humana, como son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la legítima defensa, etc.

Tales afirmaciones pueden apreciarse en situaciones concretas; así, se tiene, a guisa de ejemplo, un caso de prestación de alimentos resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N° 462-2003 Cajamarca), que fue revisado por dicha

Sala por haberse contravenido las normas que garantizan el debido proceso, vulnerado normas de carácter imperativo y perjudicado el derecho a accionar de una menor alimentista, privándola de la tutela jurisdiccional efectiva por no haber sido registrada en los registros civiles, preexistencia que no puede negarse porque el certificado médico de nacimiento acredita que nació viva y que, como tal, es sujeto de derecho. La Sala consideró que el solo nacimiento de la persona le otorga titularidad sobre los derechos que le corresponden, según el Código Civil, sin que sea requisito la inscripción del nacimiento, y que debe considerarse el interés superior del niño y el adolescente.

Así, una cosa es la posibilidad de ser identificado, la que se realiza, como se ha señalado ya, con el nombre, cuya prueba se remite a la inscripción del nacimiento en el registro del estado civil, y otra cosa muy distinta el derecho de gozar de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, el que corresponde por el simple hecho de tener vida. En este sentido, la imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale de ninguna manera a privarlo de sus derechos como ser humano.

Una vez que se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que éste conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga también el deber de mantener la designación que le corresponde.

Por ello, como regla general se ha establecido que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Sin embargo, existe una excepción, que se presenta cuando existen motivos justificados y media una autorización judicial, publicada e inscrita.

Por ejemplo, se puede decir que una persona tiene un motivo justificado para realizar cambio de nombre cuando se le ha asignado uno extravagante o ridículo, que sea móvil para la burla de terceras personas, con la consiguiente afectación de su tranquilidad y bienestar.

Asimismo, podría proceder el cambio de nombre de una persona que es homónima de un avezado y famoso delincuente o de una persona que ha sufrido escarnio público, pues tales coincidencias le impedirían realizar normalmente sus actividades cotidianas, por las continuas discriminaciones o temores de los que sería víctima.

Estos cambios de nombre deben ser debidamente garantizados por la publicidad, con la finalidad de que las personas que se sientan afectadas con tales hechos puedan impugnarlos oportunamente en sede judicial.

El artículo 826° del Código Procesal Civil vigente regula la rectificación de nombre, con trámite en vía no contenciosa, ante un Juzgado de Paz Letrado, pretensión que no puede equipararse a la de cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal, en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el Juez si encuentra que los motivos son justificados.

El derecho a la identidad

21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.

El Documento Nacional de Identidad y su importancia

24. En nuestro sistema jurídico, al igual como ocurre en otros modelos que ofrece el derecho comparado, los referentes objetivos con los que se determina la identidad suelen ser patentizados a través de algún documento especial. En el caso particular del Perú, es el Documento Nacional de Identidad el que cumple tal rol o función, constituyéndose en un instrumento que permite no sólo identificar a la persona, sino también le facilita realizar actividades de diverso orden, como participar en

comicios electorales, celebrar acuerdos contractuales, realizar transacciones comerciales, etc.

25. En efecto, en nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función: de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, con lo que la carencia del mismo supone una limitación de otros derechos ciudadanos, uno de los cuales está referido a la libertad individual.

26. Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende no sólo la eficacia del derecho a la identidad, sino de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación, o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala.

27. Así, este Colegiado considera que en los casos en los que están de por medio discusiones sobre la identificación de las personas, generadas por la afectación de un Documento Nacional de Identidad, resulta imprescindible revisar, minuciosamente, el comportamiento de la autoridad, funcionario o persona emplazada, así como los eventuales daños que tal comportamiento haya podido generar. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que es en tales supuestos que debe centrarse la controversia de autos, encontrándose habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Análisis del caso concreto

28. En el presente caso se reclama la expedición de un duplicado del Documento Nacional de Identidad con los datos actualizados que venía registrando la parte demandante, quien anteriormente había poseído un documento sustentado en una inscripción registral que por razones que – según alega – desconoce, ha sido dejada sin efecto por parte de la entidad emplazada.
29. Como ya se ha adelantado, este Tribunal se encuentra habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el particular, no sólo por lo expuesto en el Fundamento N° 27, *supra*, sino porque conforme al inciso 10) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional, procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, en tanto conforma la libertad individual.
30. Aunque de autos fluye que la parte actora habría contado sucesivamente con dos identidades distintas ante el Registro Electoral –situación que, según alega la emplazada a fojas 18 de autos, constituye un ilícito penal– no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre el particular, en tanto la probable existencia de un ilícito debe ser determinada ante las instancias competentes. Se trata, por el contrario, de establecer si al no contar con documento de identidad, la parte demandante es perturbada en su derecho a la identidad, razón por la cual, corresponde evaluar la actuación de la administración.
31. Del análisis efectuado en la presente causa se aprecia que la parte demandante obtuvo dos inscripciones en fichas diferentes, ante el Registro Electoral, bajo distintos prenombrados, según consta a fojas 22 y 26 de autos (la primera, el 4 de mayo de 1976, como Manuel Jesús; y la segunda, el 26 de junio de 1989 como Karen Mañuca), y que cuenta con un mandato judicial a su favor de rectificación, únicamente de nombres,

de fecha 22 de marzo de 1989, mediante el que se modificaron los nombres consignados en su partida de nacimiento –fojas 5–. Sin embargo, con fecha 24 de mayo del 2000, y en virtud de un proceso de depuración del padrón electoral, se canceló la segunda inscripción y registro de la parte actora, en aplicación del artículo 67º, inciso 4) de la Ley N.º 14207 –depuración de las inscripciones múltiples– a fin de evitar una multiplicidad de éstas.

32. Así, con fecha 21 de junio del 2001, la parte demandante solicitó a la emplazada la rectificación de los datos contenidos en el registro N.º 19203903 (primer y único registro vigente como Manuel Jesús), trámite que fue rechazado en su aprobación con la observación “por oficial partida de nacimiento”, según se aprecia a fojas 24 de autos, situación que si bien nace a partir de una solicitud de su parte, el transcurso del tiempo en su ejecución –más de 4 años– y la consiguiente demora en la expedición del documento de identidad, así como la ausencia de una respuesta por escrito a dicho pedido, es una situación que vulnera los derechos a la dignidad e identidad de la parte demandante, pues dicha conducta administrativa (inactividad formal) resulta contraria a nuestro Texto Constitucional.

33. En efecto, en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que la autoridad administrativa no puede pretender ampararse en el hecho de tener la calidad de titular del Registro Único de Identificación para no emitir el correspondiente documento de identidad a favor de la parte actora. En efecto, si la emplazada consideraba que en el procedimiento que iniciara la parte demandante en junio del año 2001 –nueva rectificación del nombre de Manuel Jesús, según se aprecia a fojas 24– requería verificar, necesariamente, los nuevos nombres contenidos en la partida de nacimiento (rectificados por mandato judicial), resulta irrazonable que a la fecha de interposición de la presente demanda –9 de febrero de 2005– dicho trámite no haya concluido con la expedición del documento de identidad que le corresponda, o la emisión de una resolución administrativa que motive las razones de su rechazo.

34. En todo caso, importa señalar que este Tribunal no está desconociendo las competencias con que cuenta la emplazada. En efecto, si bien es cierto, las autoridades del RENIEC gozan de facultades para efectuar fiscalizaciones en los registros a fin de detectar irregularidades o duplicidad de inscripciones, en su calidad de Titular del Registro Único de Identificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 176° y 177° de la Carta Magna, sin embargo, lo que no puede hacer es ejercer dichas atribuciones en forma lesiva a los derechos fundamentales a la dignidad e identidad, como ha ocurrido en el caso de autos debido al excesivo tiempo transcurrido.

35. No debe perderse de vista que, si bien es cierto, la administración ha actuado con arreglo a ley, pues conforme al inciso 4) del artículo 67°, y el artículo 77° de la Ley N.º 14207, está permitida la depuración del registro electoral por inscripciones múltiples, en cuyo caso, **sólo la primera inscripción conservará su validez**, cancelándose todas las demás, sin embargo, **la parte demandante cuenta con una decisión judicial** que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento –no cuestionada en autos– según consta en la copia que corre a fojas 5, mandato **que ha adquirido la calidad de cosa juzgada** y que se encuentra vigente; en consecuencia, la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a “Karen Mañuca”, quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original.

36. Por lo demás, conviene reiterar lo expuesto en el Fundamento N.º 30, *supra*, en el sentido que, independientemente de los supuestos ilícitos penales a los que alude la RENIEC a fojas 18 (aunque en autos no se ha acreditado que siquiera se haya interpuesto denuncia penal alguna), los que, de ser el caso, deben ser objeto de la investigación que corresponda, la administración está en la obligación de proveer a todo ciudadano que así lo solicite, como es el caso de la parte demandante, de un Documento Nacional de Identidad, lo cual resultará procedente en la medida que se presente la documentación sustentatoria necesaria

para tales efectos y que permita su plena identificación (en la presente controversia, la copia certificada de la partida de nacimiento que contiene la rectificación solo de nombre ordenada por mandato judicial). En todo caso, la autoridad administrativa se encuentra facultada para requerir la mencionada partida de nacimiento, o cualquier otra documentación adicional que estime pertinente (p. ej. Título Profesional), siempre que ello no se convierta en un obstáculo irrazonable –en particular, por el transcurso del tiempo– que no permita llegar a una solución que esclarezca la situación en la que la parte demandante se encuentra.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la parte demandante el duplicado de su Documento Nacional de Identidad con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.º 35, *supra* – mandato judicial–, y sin perjuicio de lo establecido en el fundamento N.º 36, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

LANDA ARROYO

EXP. 2273-05-PHC/TC
LIMA
KAREN MAÑUCA
QUIROZ CABANILLAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. El recurrente en su pretensión quiere que el RENIEC le otorgue un Documento Nacional de Identificación (DNI) cambiando el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas por el de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. Manifiesta que existe una resolución judicial de fecha 20 de mayo de 1,989 emitida en Proceso No Contencioso por el Juez Provisional en lo Civil de Pacasmayo, Sr. Víctor Correa Rojas, que en copia simple aparece a fojas 5 de autos, que ordena la “rectificación” de su partida de nacimiento en el sentido que él propone y que pese a ello el RENIEC le niega dicho derecho.
2. De lo actuado aparece la existencia de un primer DNI del recurrente, confeccionado en base a su partida de nacimiento y a los datos de identificación alcanzados al RENIEC por el propio titular Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, de sexo masculino.
3. Con posterioridad y en base a una “rectificación” de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en Procedimiento no contencioso que constituye para el caso, a no dudarlo, trámite irregular con el que dicho Juez rebasó sus atribuciones desde que no se limitó a los dictados de la ley procesal que le permitía sólo subsanar o corregir un error material evidente, alterando así la identidad del titular al cambiarle el nombre pues le puso Karen Mañuca (femeninos) por el original Manuel Jesús (Masculino) quedando así identificado el recurrente como Karen

Mañuca Quiroz Cabanillas. La partida original fue asentada el 04 de mayo de 1976 en el Registro civil de nacimientos a cargo del Concejo Provincial de Pacasmayo y la modificación por el juez de dicho lugar se realizó por auto de fecha 22 de mayo de 1,989 conforme la anotación marginal agregada el 03 de mayo de 1989 según la copia antes referida.

4. Teniendo el señor Manuel Jesús Quiroz Cabanillas la copia autenticada de su partida de nacimiento modificada, sorprende a los funcionarios de RENIEC para conseguir un nuevo documento de identificación en nueva inscripción en vez de solicitar la rectificación del registro anterior que estaba vigente. Esta actitud vino a significar la titularidad del recurrente en dos partidas de identificación en el RENIEC, institución que le otorgó así el DNI 1211481 (libreta electoral) y después el DNI número 19203903, apareciendo en el primero como Manuel Jesús y en el segundo como Karen Mañuca.
5. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus registros, conforme al inciso 4 del artículo 67 de la ley número 14207, que señala que la depuración tiene por objeto excluir de este en forma definitiva o temporal las inscripciones múltiples, comprobó la irregular duplicidad procediendo a la anulación de la segunda partida, es decir del segundo DNI del recurrente numerado con el 19203903, lo que entraña que con esa anulación mantuvo su vigencia el primero, descartándose así como correspondía el instrumento de la partida anormalmente modificada por el citado Juez. Es menester señalar que tratándose de una intervención del Juez en tramite sin contención para el que la ley lo convierte en un funcionario administrativo, la decisión analizada no podía y no puede traer la consecuencia de la cosa juzgada. En conclusión el demandante tiene vigente el DNI que le corresponde y no puede pretender así que se le entregue copia del DNI que por anulado ya no existe, lo que precisa y expresamente ha reconocido la institución demandada cuando al contestar la demanda expresa "... que el recurrente está haciendo uso de una identidad cancelada por doble inscripción y lo ilegal no genera

derecho... la inscripción primigenia como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas mantiene su eficacia jurídica quedando expedito su derecho para ejercerla...”. Es pues necesario decir que el demandante no puede hacer, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadas sino alterada por juez competente a quien consiguió conducir al trámite administrativo judicial del denominado procedimiento no contencioso, exigencia de entrega de un instrumento oficial en el que aparecería con nombre cambiado de mujer. En todo caso de no estar conforme con la decisión anulatoria a la que hacemos referencia ha debido recurrir al proceso contencioso administrativo puesto que no se trata de una privación de su derecho a la obtención de su correspondiente documento de identificación que lo tiene sino de la persistencia de aparecer en el registro público, en nueva versión identificatoria, como mujer y no como hombre.

6. El artículo 19 del Código Civil señala que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, lo que obviamente incluye los apellidos. Sin embargo el referido código prohíbe cambiar el nombre o hacerle adiciones sin motivos justificados, a no ser que el cambio o la adición provenga de autorización judicial naturalmente en proceso en el que el recurrente acredite los hechos que fundamentan su pretensión, resolución que tiene que inscribirse en el Registro correspondiente (artículo 29). El artículo 1331° del Código de Procedimientos Civiles (con el cual se tramitó la “rectificación” en 1,989) previó que la rectificación de nombre se realiza en Proceso No Contencioso, lo que ha sido recogido por el inciso 9 del artículo 749 del Código Procesal Civil que permite la inscripción (a destiempo) y la “rectificación” de las partidas de los registros civiles en trámite sin contención (mal denominada “jurisdicción voluntaria”), código que incluso en su artículo 750 vino a establecer una competencia exclusiva de los Juzgados de Paz Letrados para estos casos, competencia que posteriormente por la ley 27155, artículo 3, al modificar el artículo 750 del Código Procesal citado, ratifica la competencia de los Juzgados de Paz Letrado y a su vez permite que las rectificaciones de partida se puedan hacer ante Notario Público, con lo

que legalmente queda precisado que la participación del Juez de Paz Letrado constituye tarea simplemente administrativa.

La ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos ya había previsto la competencia del Juez de Paz Letrado y también la del Notario Público, a elección del interesado, para los asuntos de inscripción y rectificación de las partidas del registro civil, precisando en su artículo 15 que “las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios, se tramitarán ante notario. En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente”. Para la precisión de lo que significa rectificar o enmendar una partida, el Código procesal Civil señala en el artículo 829 lo siguiente: “Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra “de” o las letras “y”, “i”, “e” o “a”, u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación. El Juez, sin observar el trámite del Artículo 754, dispondrá de plano la rectificación correspondiente.”

7. De lo expuesto en los fundamentos precedentes se infiere que la inscripción y rectificación de partida de nacimiento sólo procede cuando no se practicó dentro del plazo legal ante la autoridad competente (registrador) y cuando en la partida inscrita aparece a la vista un error de simple comprobación, ambos en el procedimiento administrativo respectivo y por ello la ley, señala que dicha inscripción y/o rectificación debe realizarse ante Juez o Notario, con lo que traslada el pedido administrativo a la vía judicial o notarial. En ambos casos, judicial o

notarial, para la inscripción y/o rectificación de partida no hay emplazamiento válido ni contradicción, generándose así una resolución que no puede tener la calidad de cosa juzgada.

8. Por otra parte nos encontramos frente a supuestos de hecho diferentes: Rectificación, adición y cambio de nombre. La rectificación, según la Real Academia Española, es corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho. Dice la Academia que la adición es la acción y efecto de añadir, ello sirve para los supuestos en que la mujer aumenta el apellido del marido agregando la sílaba “de” y luego el apellido paterno del marido, y por último dicha institución establece que el cambio supone dejar una cosa o situación por otra, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos. El Código Procesal Civil señala que sólo proceden las inscripciones o rectificaciones en proceso no contencioso dejando la pretensión del cambio de nombre para el proceso de conocimiento que por su complejidad exige una amplia estación probatoria con defensa y contradicción por la relevancia que supone dicho cambio frente a los terceros.
9. El recurrente en base a una “rectificación” de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en procedimiento no contencioso y en trámite irregular en el que rebasó sus atribuciones, pues no se limitó a los dictados de la ley procesal para subsanar o corregir un error material, sino que alteró en la partida, la identidad del titular con el pre nombre de “Karen Mañuca”, siendo el titular Manuel Jesús, que constituye el motivo que lo trae al proceso constitucional, tramita y obtiene en el RENIEC la expedición de un nuevo DNI, sorprendiendo al RENIEC al indicar como sexo el femenino, lo que significa dos documentos distintos para una misma persona.
10. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus Registros anula el segundo DNI, lo que

significa que ha recobrado vigencia el primero, descartando como corresponde la alteración del Juez Civil que por lo dicho precedentemente no causó jamás cosa juzgada en relación al nombre modificado del recurrente, y esto es lo que persigue en el presente proceso y no el reconocimiento de su identificación que nadie puede negar. El demandante en consecuencia mantiene incólume su identidad conforme a su primer DNI, el que al habersele “extraviado”, le da derecho a solicitar y obtener un duplicado ante el RENIEC. Lo que no puede hacer es, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadasino alterada por un Juez al que consiguió conducir al carril no contencioso, es conseguir administrativamente el reconocimiento oficial de una nueva identidad.

Por tanto mi voto es por que se declare **INFUNDADA** la demanda entendiéndose que el RENIEC, teniendo por vigente el primer DNI del demandante (Manuel Jesús), debe hacerle entrega del duplicado correspondiente ante la pérdida del documento original según afirma.

SR.VERGARA GOTELLI

CAMBIO DE IDENTIDAD, GENERO Y DE NOMBRE

Expediente N° 840-2005

Dr. Jorge Luis Carrillo Rodríguez

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE TERCER JUZGADO CIVIL

EXPEDIENTE : N° 840-2005
DEMANDANTE : NN
MATERIA : CAMBIO DE IDENTIDAD
ESPECIALISTA
LEGAL : ROCÍO ÁLVAREZ
RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE

Independencia, cinco de mayo del dos mil seis.

VISTOS: Resulta de autos que don CC, por medio de su representante legal NN, interpone demanda de Declaración Judicial de Cambio de Nombre de masculino a femenino, así como cambio a la identidad personal de varón a mujer, consecuentemente se rectifique su Partida de Nacimiento, en el que debe consignarse como su nombre de CC, y se consigne su identidad personal como mujer. La indicada solicitante sustenta su petitorio en que con fecha treinta de octubre del año dos mil uno ante el juzgado de Italia - Milán, se autorizó al accionante a someterse a un tratamiento médico quirúrgico de adaptación (de sus propios caracteres sexuales a los caracteres sexuales femeninos. A su vez, con fecha cinco de noviembre del año dos mil tres, dicha persona se ha sometido a la intervención quirúrgica de conversión Androginoide (de varón a mujer), por lo tanto se ha extirpado los testículos y el pene y creando una neovagina, por lo que se ha certificado que dicha persona ha perdido en forma irreversible toda característica sexual

masculina, adquiriendo las femeninas. Fundamenta su pedido en lo dispuesto por el artículo 28 y 29 del Código Civil, así como en lo dispuesto por el artículo 2 (incisos 1, 2 y 7), así como el artículo 3 de la Constitución Política del Estado. El juzgado, inicialmente declaró improcedente la demanda, conforme es de verse (le la resolución uno de fecha diecinueve de abril del año dos mil cinco, resolución que al ser apelada ha sido declarada nula por la Superior Sala Civil, disponiéndose que se ordene su admisión, por lo que mediante resolución de fecha catorce de octubre del año dos mil cinco de fojas ochenta de autos, se ha admitido la demanda en la vía del Proceso Abreviado y se consideró como parte al Ministerio Público. Ante la falta de pronunciamiento del Ministerio Público, por resolución de fecha cinco de fecha veintitrés de diciembre del año dos mil cinco, se declaró rebelde a dicho Ministerio Público, y se procedió a señalar fecha para la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación, la que se lleva a cabo con fecha quince de marzo del año dos mil seis, conforme a los términos que se consignan en el Acta que obra fojas veinte y seis de autos, en la que por incomparecencia del Ministerio Público, al no existir Conciliación, se ha fijado como puntos controvertidos: Uno: Determinar si procede o no la Declaración Judicial de Cambio de nombre de masculino a femenino, así como el cambio de identidad personal de varón a mujer de NN de acuerdo a nuestra legislación vigente; Dos: Determinar si en la vía accesoria procede o no se rectifique la Partida de Nacimiento en los Registros Civiles de la Municipalidad de Lima Metropolitana, así como se rectifique el cambio de identidad personal de NN en la Partida de Nacimiento. En la referida Audiencia, el Juzgado, después de actuar los medios probatorios correspondientes, consistentes en instrumentales, dispuso el Juzgamiento Anticipado del Proceso, por lo que los autos se encuentran expeditos para emitir Sentencia, procediendo por ello el juzgado a emitir la correspondiente sentencia; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, toda persona, sea natural y jurídica tiene derecho a la Tutela Judicial efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o

intereses con sujeción a la observancia del Principio del Debido Proceso, tal como está expresamente establecido en el artículo primero del Título Preliminar del Código procesal Civil;

SEGUNDO: Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juzgado respecto de los puntos controvertidos y sobre los cuales fundamentar sus decisiones; a su vez la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, conforme lo dispone en los artículos 188 y 196 del Código Procesal Civil;

TERCERO: Que, en la doctrina procesal civil se encuentra tres sistemas de valoración de las pruebas: a) La prueba tasada, que es cuando el ordenamiento procesal señala en forma predeterminada cuál es el mérito de valoración que se debe realizar respecto de cada uno de los tipos de medio probatorios, b) De libre disposición, cuando el ordenamiento no señala en forma alguna regla de valoración de medios de prueba y deja al libre albedrío de los magistrados que se evalúen las pruebas como crea corresponder de acuerdo a su propio criterio; y, c) De la Sana Crítica, este sistema es adoptado por el ordenamiento jurídico procesal peruano, que es una mixtura de las dos anteriores, pues señala algunas pautas concretas de valoración de pruebas, pero señala que corresponde finalmente al magistrado realizar una valoración integral y total de las pruebas de acuerdo a su criterio de conciencia, a su sana y correcta razón;

CUARTO: Que, NN, por intermedio de su apoderado CC, interpone demanda de Declaración Judicial de Cambio de identidad personal, de nombre masculino a femenino, a fin que se le consigne el nombre de NN, así como en adelante en su identidad personal se le considere como mujer. A su vez manifiesta dicha persona que ya se ha realizado el cambio de sexo en el país de Italia, según autorización otorgada por un juzgado en dicho país, previo a la autorización médica correspondiente, en la que se le ha practicado intervención quirúrgica de conversión androginoide (varón a

mujer), producto del cual se le ha extirpado los testículos y el pene y creado una neovagina, lo cual acredita presentando un certificado de que el paciente ha perdido en forma irreversible todas sus características sexuales masculinas, adquiriendo los caracteres femeninos;

QUINTO: Que, en la Audiencia de Saneamiento y Conciliación llevada a cabo con fecha quince de marzo del año dos mil seis, obrante a fojas noventa y seis de autos, se advierte que se ha fijado como puntos controvertidos los siguientes: Uno: Determinar si procede o no la declaración judicial de cambio de nombre de masculino a femenino, así como el cambio de identidad personal de varón a mujer de NN de acuerdo a nuestra legislación vigente; Dos: Determinar si en vía accesoria procede o no se rectifique la Partida de Nacimiento en los Registros de Estado Civil de la Municipalidad de Lima Metropolitana, así como se rectifique el cambio de identidad personal de NN en la Partida;

SEXTO: Que, antes de emitir pronunciamiento sobre los referidos puntos controvertidos, debe tenerse presente previamente que los Derechos Fundamentales previstos en la Constitución Política del Estado, cuentan con una dimensión individual o subjetiva y otra dimensión objetiva. Es subjetivo porque garantizan libertades, esto es la preservación de un ámbito de autonomía personal (libertades) oponibles al Estado. Y, es objetivo. porque dichos derechos establecen verdaderos valores supremos, los cuales son componentes estructurales básicos del orden constitucional, representando valores materiales de todo el sistema jurídico nacional, los mismos que informan a toda la organización política y jurídica del país, ya que irradian a todo el ordenamiento jurídico;

SÉTIMO: Que, al contener todo derecho fundamental un valor, en la aplicación practica de los Derechos Constitucionales van existir colisión de estos, el cual debe ser resuelto por el método del “balancing” o ponderación de valores, el cual constituye un moderno criterio de interpretación constitucional de las normas, por medio del cual hay que sopesar los

derechos o valores y bienes jurídicos en conflictos, atendiendo las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cual Derecho pesa mas en un caso concreto y cual debe quedar desplazado;

OCTAVO: Que, a su vez todo Derecho, nace con un contenido ilimitado y que el mismo necesita de limitaciones y restricciones. Los Límites de los Derechos no son las fronteras o contornos internos que demarcan el espacio jurídico que protege el Derecho y que lo define como tal. Los Límites son las compresiones y las restricciones externas que impone el legislador al contenido de Derecho. En consecuencia, los límites de los Derechos no surgen de su propia naturaleza y finalidad, sino que surgen de la misma norma que reconoce el Derecho, del conflicto existente entre un Derecho Constitucional y uno o más Derechos Constitucionales, o también pueden surgir de la legislación que desarrolle o regule su ejercicio. El Tribunal Constitucional Peruano manifiesta que los límites que se pueden someter un Derecho Constitucional puede ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del Derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o Derechos Constitucionales²;

NOVENO: Que, de otro lado, la interpretación de los Derechos Constitucionales, conforme lo indica el Tribunal Constitucional los Derechos Constitucionales están compuestos por un contenido esencial que se define como el núcleo mínimo e irreductible, indisponible para el legislador y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia³. A su vez, todo Derecho Constitucional cuenta con un contenido no esencial, que se define en contraposición al núcleo, es decir en un contenido que puede ser

² Expediente N° 1081-2002 HC/TC del 12 de agosto del año 2002.

³ Expediente N°1122-2000- AA/TC del 14 de marzo del 2010.

restringido o limitado siempre de una manera proporcionada⁴, lo cual puede realizarse mediante una norma de desarrollo;

DÉCIMO: Que, asimismo, el Tribunal Constitucional, ha definido en qué consiste el parámetro de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad, señalando que el mismo comprende otra forma distinta de la Constitución y, en concreto, a determinar fuentes con rango a Ley. En tales casos estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido por un lado, como “normas sobre la forma de producción jurídica”, esto es cuando se le encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y por otro lado, como “normas sobre el contenido de la regulación” es decir cuando por encargo de la Constitución puede limitar su contenido⁵. A su vez, para determinar la constitucionalidad de los actos, debe considerarse aparte de las normas constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hayan dictado para determinar la competencia o atribuciones de los órganos del Estado, o el ejercicio de los Derechos fundamentales de las personas. Por ello, las infracciones directas a las normas que constituye el parámetro de la constitucionalidad determinarán, por consiguiente, afectaciones indirectas a la jerarquía normativa de la Constitución tal como lo prevé el artículo 75 del Código Procesal Constitucional;

DÉCIMO PRIMERO: Que, en el presente caso concreto, a la luz de los lineamientos y consideraciones antes indicadas, se debe desarrollar los puntos en controversia fijados por el juzgado, consistentes en determinar si procede o no la declaración judicial de cambio de nombre de masculino a femenino, así como el cambio de identidad personal de varón a mujer de NN, de acuerdo a la legislación vigente. Sobre dicho extremo debe tenerse presente que el cambio de sexo en nuestro país no tiene regulación en una norma positiva en nuestro ordenamiento jurídico, tal como existe en otros países europeos, esto es en países como Suecia, Dinamarca, Noruega y recientemente Italia, por lo que en nuestro país no existe una legislación

⁴ Expediente N° 0004-2004 AI/TC de 21 de setiembre del 2004.

⁵ STC N° 007-2002AI/TC y STC N° 041-2004-AI/TC

positiva aplicable al caso concreto a fin de resolver la presente pretensión. Pero, no obstante ello, el juzgador no puede dejar de administrar justicia, ya que conforme lo dispone el inciso 8 del artículo 130 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, los jueces no pueden dejar de administrar justicia, en su defecto deben aplicar los Principios Generales del Derecho y preferentemente los que inspiran el Derecho peruano, así como el derecho consuetudinario;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en ese sentido, atendiendo que el bloque de la constitucionalidad está compuesto por la propia Constitución Política y otras leyes que lo desarrollan, resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en el artículo seis del Código Civil, conforme al cual nuestro ordenamiento prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o de alguna manera sean contrarios al orden público o buenas costumbres siendo permitido solamente por excepción cuando la disposición corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Que en el presente caso, el acto de disposición del propio cuerpo se ha producido para cambiar de sexo, esto es de varón a mujer, habiendo llegado a extirparse sus órganos masculinos para crear un órgano femenino, conforme se advierte de las instrumentales obrantes de fojas dieciséis a fojas cuarenta y uno de autos, consistentes en una autorización judicial y certificados médicos correspondientes, los mismos que han sido efectuados en Italia, y como efecto de ello, en el presente proceso viene solicitando el cambio de su nombre y de identidad personal de varón a mujer, habiendo dicha persona realizado un acto prohibido por nuestra legislación interna, lo cual importa ser inconstitucional, porque afecta al bloque de la constitucionalidad de las normas, ya que el Código Civil forma parte de dicho bloque, porque desarrollan derechos de la persona. Siendo ello así, el cambio de nombre y de identidad de varón a mujer no resulta ser procedente, porque de aceptarse dicha pretensión se estaría infringiendo dicha prohibición y la propia Constitución Política, pretendiendo hacer indirectamente lo que está prohibido hacer en forma directa;

DÉCIMO TERCERO: Que de otra parte debe tenerse presente que así como las normas constitucionales son de orden público, porque fijan los principios y valores que debe regir en nuestra sociedad, las normas de derecho de las personas contenidas en el Código Civil son también normas de orden público, por ser derechos indisponibles, y ser un desarrollo de la normatividad constitucional, por lo que dichas normas son de ineludible cumplimiento por los ciudadanos, pues este tipo de norma constituyen límites al ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras del bienestar común y el desarrollo de los pueblos, ya que el orden público viene a ser un concepto doctrinario sinónimo de orden social, y comprende todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de la colectividad o de la moral social. En tal sentido, si bien es cierto que la Constitución Política reconoce el derecho a la vida, a la integridad moral, psíquica y física, así como su libre desarrollo y bienestar de la persona, ello debe ser ejercido dentro de los límites permitidos por la ley (conforme se han señalado en los considerandos precedentes de la presente sentencia), ya que la trasgresión dispuesta por la ley, no puede ser legitimada bajo ningún punto de vista por el Poder Judicial, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

DÉCIMO CUARTO: Que, asimismo, las prácticas de cambio de sexo en nuestro medio, son comportamientos que no tienen aceptación por nuestra legislación, razón por el cual las instituciones jurídicas están elaboradas de acuerdo al sexo natural de las personas, y permitir la modificación de nombre y de identidad en atención al cambio de sexo realizado en el exterior (Italia) cuyo cambio no resulta pleno y total, así como no cumple, las mismas funciones, pese a que hay legislaciones en el si se permiten dichos cambios, incluso matrimonios entre personas del mismo sexo, ello es porque se trata de sociedades y culturas distintas, que deben contar con un reglamento integral normativo legal y administrativo que pueda establecer sus implicancias, obligaciones y derechos en los diversos aspectos de la vida, tanto como persona individual, dentro de su familia y en la sociedad, pues es

evidente que tal pretensión solicitada no se agota en sí misma con la persona sino que tiene efectos también hacia terceros, en todo caso la legitimidad de tales actos no puede ser incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Jurisprudencia, sino por medio de una ley expresa emitida por el Congreso de la República, en representación de todos los sectores de la sociedad peruana ya que cambiarse vía Jurisprudencia trastocaría profundamente los fundamentos de nuestros derechos y de una sociedad como la nuestra, por lo que este juzgado no puede disponer dicho cambio de nombre y de identidad, al ser consecuencia de un acto expresamente prohibido y que esta situación atentaría contra el bloque de constitucionalidad de las normas de nuestro ordenamiento jurídico;

DÉCIMO QUINTO: Que, asimismo, de acuerdo a la doctrina constitucional expresada anteriormente, los valores jurídicos en juego en el presente proceso, son los de la libertad, la integridad física y de identidad, consagrados en la Constitución Política del Estado y las normas que la desarrollan. Entre los cuales existe un aparente conflicto, el cual debe ser resuelto con el método de ponderación de valores, de acuerdo a cada caso concreto, en el cual lógicamente va a primar la integridad física de las personas, el cual se encuentra relacionada en forma muy estrecha con el derecho de la salud y de la vida. Pero, no obstante ello, en el presente caso se ha retirado en forma irreversible el sexo masculino del demandado para adaptarse un sexo femenino, lo cual no servirá plenamente para las funciones femeninas concedidas de acuerdo al orden natural de las cosas: A su vez, debe tenerse presente como se ha expuesto anteriormente que todos los Derechos Constitucionales tienen sus límites. El valor libertad, tiene como límite a las normas imperativas, los mismos que están establecidas para mantener un bien común, la convivencia pacífica de las personas. A su vez, en cuanto a la integridad personal, ella comprende el Derecho a la salud de las personas, por lo que no pueden bajo una supuesta libertad afectar por motivos ajenos a las permitidas por la ley, ya que ello implicaría atentar contra las normas de orden público, en este caso el Código Civil. A su vez, en cuanto el valor identidad, la misma está para individualizar a una persona de un grupo social, el cual obedece a su sexo

natural y no al sexo modificado, ya que ello de ninguna forma puede igualar al orden natural de las cosas, por lo que no puede disponer el cambio de nombre y de identidad de masculino a femenino;

DÉCIMO SEXTO: Que, de otra parte, y a mayor abundamiento, se debe considerar el comportamiento asumido por el demandante, quien es peruano de nacimiento, conforme a su Partida Nacimiento, el cual obra a fojas once de autos, se advierte que dicha persona tiene por nombre de NN y tiene el sexo masculino, quien ha cambiado su sexo en Italia, país en el que permiten el cambio de sexo, en el cual incluso, como indica viene conviviendo con una persona de sexo masculino, quien después de efectuar el cambio viene solicitando el cambio de identidad y de nombre ante este juzgado, por cuanto su Partida Nacimiento se encuentra registrado en el País, ello comporta un típico caso de fraude a la Ley, dado que tiene los mismos presupuestos para ello, en el que se ha transgredido el artículo seis del Código Civil, la misma que prohíbe la libre disposición del cuerpo cuando se trata de disminución permanente de la integridad física, el cual es una norma de orden público, que se encuentra configurados en base a los valores y principios recogidos en la Constitución Política del Estado al fijar los derechos fundamentales de las personas. Que siendo ello así, acreditado la asistencia del cambio de sexo con las certificaciones correspondientes, el cual que es irreversible, en contra de lo dispuesto por el artículo seis del Código Civil, utilizado para el efecto una norma de cobertura, cual es la legislación Italiana, para solicitar después del cambio de nombre y de identidad, como efecto de dicho cambio, resulta ser un fraude a la ley, cuyo comportamiento colisiona contra el Principio de la buena fe, sobre la rectitud de comportamiento de las personas, con respecto de la normatividad vigente, ya que los peruanos están obligados a cumplir las leyes nacionales hasta mientras sean peruanos porque el Principio de la Buena Fe es principio fundante de nuestro ordenamiento jurídico nacional, por lo que al afectar dicho acto contra los principios y valores éticos que inspiran nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto que no acepta dicho tipo de acciones, el cambio de sexo efectuado por el demandante en Italia no tiene efecto

legal en nuestro ordenamiento jurídico nacional, por lo que mal puede disponerse que como efecto de ella se le cambie el nombre y la identidad;

DÉCIMO SÉTIMO: Que, de otra parte, la consideración de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, significa que “la persona está consagrada como valor superior”⁶, el cual importa de que “tenga una existencia con su dignidad”⁷, precisamente por eso “el Estado está en la obligación de protegerla”⁸, y por lo tanto, defender a la persona humana es defender sus derechos como persona que es, ya que el Estado tiene un deber especial de protección de los Derechos Constitucionales, para los cuales han sido fijados por las normas imperativas, o ius cogens, el cual limita la libertad, cuya trasgresión incluso se sanciona, con la nulidad, conforme lo dispone el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, por lo que no puede permitirse el cambio de nombre en mérito al cambio de sexo realizado en base a legislación extranjera, en los cuales sí están permitidas dichas prácticas, dado que ello está prohibido en nuestro país;

DÉCIMO OCTAVO: Que, a su vez, en el presente caso debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 2049 del Código Civil, conforme al cual las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sean incompatibles con el orden público internacional o con las buenas costumbres, rigiendo en este caso las normas internas. Ello en razón de que el orden público es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, pues de aplicarse provocaría un cuestionamiento social, alteraría la noción actual y de la dignidad humana, impediría la satisfacción

una necesidad colectiva o evitaría la obtención de un beneficio para el conglomerado;

⁶Expediente N° 2945.2003.AA/TC 20 de abril del 2004.

⁷ Expediente N° 2225.2004 SS/TC de fecha 25 de agosto del año 2004.

⁸Expediente N° 2945-2003ANTC citado.

DÉCIMO NOVENO: Que, siendo ello así, el petitorio contenido en la presente demanda sobre cambio de nombre y de identidad al ir en contra del ordenamiento constitucional y del artículo seis del Código Civil, conocido como el bloque de constitucionalidad, así como afectar el principio superior de “Buena Fe”, el cual es un principio fundante de nuestro derecho, así como atentar contra las normas de orden público importa que lo solicitado es un imposible jurídico, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el inciso seis del artículo 427 del Código Procesal Civil, debe declararse improcedente la demanda, atendiendo al caso en concreto;

VIGÉSIMO: Que las demás pruebas actuadas y no glosadas en autos no enervan las consideraciones antes expuestas, en aplicación de las normas invocadas en los fundamentos de la presente sentencia, así como en la aplicación del inciso cuarto del artículo cincuenta del Código Procesal Civil, administran do justicia a nombre de la Nación;

FALLO: DECLARANDO IMPROCEDENTE LA DEMANDA de fojas cuarenta y seis a fojas cincuenta y dos de autos sobre cambio de nombre y de identidad; en los seguidos por NN con el Ministerio Público, sobre cambio de identidad y de nombre y otros; y, consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución archívese.

S.S. JORGE LUIS CARRILLO RODRÍGUEZ

SENTENCIA DE VISTA SOBRE CAMBIO DE IDENTIDAD Y DE NOMBRE
El inicio de una línea jurisprudencial
Dr. Gabino Espinoza Ortiz
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
PRIMERA SALA CIVIL
EXPEDIENTE N° 803-2005-0

DEMANDANTE : N.N.
DEMANDADO : Ministerio Público
PROCESO : Abreviado
MATERIA : Declaración Judicial
RESOLUCIÓN NÚMERO 379

Independencia, veintisiete de octubre del año dos mil seis.
VISTOS; Vista la causa sin informe oral, e interviniendo como Vocal Ponente el Señor Magistrado ESPINOZA ORTIZ, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con lo expuesto por el señor representante del Ministerio Público en su dictamen de ciento veintiuno a ciento veintidós de este expediente; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Antecedentes

- 1.2 De fojas cuarenta y seis a cincuenta y dos aparece el texto de la demanda, donde el señor Abogado, en representación de su poderdante, recurre a este Poder del Estado planteando su petitorio, a efecto de que se efectúe la Declaración Judicial, “de cambio de los nombres masculinos de su mandante dice: N.N., así como el cambio de la identidad personal dice: manifestó un varón, que se desprende de su partida de nacimiento número XXX, otorgada por la Municipalidad de Lima Metropolitana, correspondiente al XXXX, para

la rectificación de su partida de nacimiento. Debe decir en adelante: N.N., así como el cambio de identidad personal, debe decir en adelante mujer”.

Es por ello que, plantea como pretensiones principales: i) la declaración judicial de cambio de los nombres masculinos por femeninos, u) se realice el cambio de su identidad personal de varón a mujer. Y como pretensiones accesorias: i) que se rectifique el nombre de su poderdante en su partida de nacimiento, ante el Registro Civil de la Municipalidad Lima Metropolitana, u) consecuentemente se rectifique el nombre de su poderdante acorde con su identidad personal, de varón a mujer, ante el Registro Civil de la Municipalidad Lima Metropolitana.

- 1.2. De la nota de atención, corriente a folios ciento dieciocho se tiene que viene en apelación la sentencia expedida por resolución número nueve, su fecha, cinco de mayo del año dos mil seis y que corre de folios noventa y nueve a ciento seis, donde el A quo Falla: Declarando Improcedente La Demanda de *fojas* cuarenta y seis a cincuenta y dos, sobre cambio de nombre y de identidad; en los seguidos N.N. con el Ministerio Público, sobre cambio de nombre y otro; con lo demás que contiene.

SEGUNDO: Fundamentos del recurso de Apelación: Alega la parte apelante que, el A quo al no encontrar normas pertinentes que sustenten su pronunciamiento, ha declarado improcedente la demanda interpuesta; obviando el amplio sustento legal que para la tutela de los derechos de la persona humana ofrece la Constitución Política del Estado, esta norma enuncia que los derechos reconocidos no excluyen a los demás que la constitución garantiza, es decir, que la norma constitucional prescribe que la ausencia de un expreso derecho subjetivo reconocido en el ordenamiento jurídico, no debe impedir la tutela de un interés de la persona que deriva de su propia dignidad humana, que la fundamental importancia que encierra la

tutela de un interés personal de primer orden, es lo que significa la protección integral y radical del ser humano. Pues no es imaginable dejar indefensa a la persona frente a la agresión del magistrado, quien niega o desnaturaliza la verdad integral del estado físico del demandante, pues en este tiempo está fuera de discusión la necesidad y viabilidad de la protección de la persona humana, este principio debe alcanzar y cubrir los múltiples y complejos aspectos de la rica personalidad del sujeto, esta peculiaridad hace que se diferencie de la protección que brinda el derecho a otros aspectos concretos de la personalidad, como son el honor, la intimidad de la vida privada o la imagen. Lo que debe salvaguardarse mediante la tutela de la identidad, es la verdad personal. atribuyendo a la persona atributos o caracteres que la benefician, en cuando a una mejor imagen social, pues, la ausencia de un expreso derecho subjetivo consignado en el ordenamiento jurídico, no debe impedir la tutela de un interés de la persona, que deriva de la propia dignidad humana.

TERCERO: De los hechos expuestos en la demanda:

3.1. En cuanto a la pretensión de cambio de identidad personal, reclamada al Estado Peruano, por el ciudadano N.N. por intermedio de su apoderado; fundando este extremo de su pretensión en los siguientes hechos:

3.1.1. Que, con fecha 30 de octubre del 2001 ante la República Italiana - Juzgado de Milán, [...] autoriza que N.N, nacido en Lima (Perú) el [...] a someterse a tratamiento médico-quirúrgico de adaptación de sus propios caracteres sexuales a los caracteres sexuales femeninos.

3.1.2. Con fecha pretérita del 05 de noviembre del 2003, conforme se documento suscrito por el profesor XXXXX. Certifica que N.N., nacido en XXXXX, se ha sometido en la Empresa Hospitalaria

XXXXXX, a la intervención quirúrgica de conversión androgenoide (de varón a hembra), extirpándose los testículos y el pene, y crear una neovagina. Y certificando que, el paciente ha perdido en forma irreversible toda característica sexual masculina. adquiriendo las femeninas.

3.1.3. Es por ello, que su poderdante presenta características morfológicas propias de una mujer, pero después de haber comprobado la existencia de los requisitos psicológicos y terapias hormonales, y como consecuencia de ello NN ahora reviste un cambio sustancial en su personalidad al haberse sometido a una operación a fin de lograr dicho cambio sexual, en razón de la autorización referida líneas arriba.

3.2. Que, en cuanto a la pretensión de cambio de nombres masculinos por los femeninos; señalando como fundamento de hecho la eventual circunstancia de que se ampare su pretensión de cambio de identidad personal, pues de ese hecho derivaría la rectificación de sus nombres, ordenando que el Registrador la Municipalidad Metropolitana de Lima rectifique el nombre y su identidad personal, correspondiente a la Partida de Nacimiento número XXXXX, su fecha XXXXX.

CUARTO: Fundamentos del Colegiado: Este órgano Ad quem coincide con el aserto del órgano A quo en cuanto concluye que el cambio de sexo en el ordenamiento jurídico de nuestro país, no tiene regulación en una norma positiva. Sin embargo por mandato constitucional es un principio de la función jurisdicción el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (artículo 139.8 de nuestra Constitución Política), semejante norma se encuentra contenida en el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código Civil, siendo que ambas normas se refieren también a los defectos de la ley; por lo tanto, no cabe la

posibilidad del no pronunciamiento de resolución cuando tales supuestos aparezcan; si ello es así, entonces se ha configurado la inexistencia de reglas dentro del sistema legal, lo que en este caso implica que nos encontramos ante la inexistencia de una regla concreta para resolver esta controversia, por lo que se hace necesaria la integración normativa recurriendo a los Principios Generales, que no son sino, fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico, que se encuentra invariablemente en su estructura y en ocasiones expresadas en algunas normas positivas e incluso de rango constitucional⁹, es decir, se constituyen en las capas más profundas de la dimensión normativa del Derecho de donde brota; empero, la realidad subyacente del Derecho no es normatividad, dado que este es una integración normativa de hechos según valores, de ahí que en el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección, partiendo del caso acude al derecho para interrogarlo y obtener una respuesta, y es a partir del caso que se procede a buscar las reglas y se vuelve a él en un procedimiento circular¹⁰. Habida cuenta que, el caso no es un hecho que se plantee en la abstracción, suelto en el espacio y en el tiempo, sino que también se encuentra inmerso en la vida humana, que es un complejo de sentimientos y estimaciones. Resultando claro que la decisión del Juez no puede otorgar más de lo pretendido por el demandante [*ultra petita*], tampoco puede dejar de resolver sobre el litigio o no hacerlo sobre algún punto de su pretensión [*citra perito*], y mucho menos puede sustituir la pretensión del demandante por otra [*extra petita*], esto es, cuando se otorga un derecho diferente al pedido, o se declara una relación jurídica diferente a la solicitada.

QUINTO: Si ello es así, se recurre a los Principios Generales del Derecho que el Poder Constituyente ha incorporado a la Carta Política y que brinda horizontes para resolver la controversia planteada por el justiciable; siendo esto así, la Constitución Política en su artículo 1 establece que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la

⁹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas-Tomo 1*. Edit. Gaceta jurídica. Lima, 2003. Página 80.

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil- Ley, Derecho y Justicia*. Editorial Trotta, Madrid.

sociedad y el Estado, de ahí que el sujeto se convierte en el centro de protección de los poderes públicos y de los particulares, que deben garantizar el goce tales de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio, por lo tanto, todas sus actuaciones deben estar dirigidas a protegerla al margen del sexo legal y/o al margen de su opción o preferencias sexuales que pudiera tener este; es decir, se respeta su dignidad como persona humana que se constituye como el fundamento de todos los derechos, es por ello que el Tribunal Constitucional también ha establecido que, “7. De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “[...] un *mínimum inalienable* que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” (STC N° 0010-2002-AI, Caso XXXXX). De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales. Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no solo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna. Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida solo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana”¹¹. También dicho Supremo Tribunal ha precisado que, “El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría (...)”¹²

¹¹ Exp. Número 02273-2005-HC/TC [Caso: Karen Mañuca Ouiróz Cabanillas], publicado en la página Web del Tribunal Constitucional del Perú: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>, el 13-10-2006.

¹² Exp. Número 02868- 2004- AA/TC (Caso: José Antonio Álvarez Rojas).

Por lo que la dignidad humana, en tanto fundamento de todos los derechos se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomos, también es el sustento del derecho a la libertad, a la identidad y a la salud; y es que, el derecho a la libertad se constituye en la columna vertebral de nuestro ordenamiento jurídico, que en palabras de Fernández Sessarego: “es el núcleo existencial de la persona, la misma que se fenomenaliza a través de las acciones y omisiones”¹³, esta libertad como es obvio se extiende a la libre decisión de personal del sujeto de proyectar su vida de acuerdo a sus propias y más íntimas decisiones, de forma tal que los espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal o particular que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra; es así que, el artículo 2 inciso 24.a) de la norma fundamental estipule genéricamente que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella prohíbe y esta idea se encuentra históricamente condensada en los artículos 4 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando dicen: “la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás”. Y es en el ejercicio de tal libertad, que fluye el derecho a la identidad personal, que es el conjunto de atribuciones y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad, siendo que la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de rasgos de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto ser humano¹⁴, y una de las vertientes de la identidad personal es precisamente la identidad sexual, pues ella está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, siendo esta la controversia medular en esta causa, la que ciertamente tiene amparo constitucional en el artículo 3 de la Constitución Política; habida cuenta que, los nuevos derechos directamente vinculados con los principios de la dignidad, no sean desmerecidos en su

¹³FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. ‘Acción de Amparo en un caso de intersexualidad’ En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, numero IV/ N° 9, año 1998. Edit. Gaceta Jurídica Página 175.

¹⁴FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. ‘El Derecho a la Identidad Personal’ En *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latino americano* Editorial Cultural Cuzco SA. Lima, 1990. Página 83.

condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones de avances científicos, tecnológicos, culturales y sociales.

De ahí que, el sexo sea uno de los caracteres más importantes de la vida del sujeto y también cumple una función de diferenciación de las personas en la sociedad, siendo el primer signo de identificación de este, constituyéndose en uno de los caracteres primarios de la identidad personal, en lo que primigeniamente nos distingue como varón o mujer [macho-hembra], ello en función de ciertos caracteres celulares, morfológicos, fisiológicos, etc.; pero, la sexualidad tiene un contenido mucho más amplio, siendo esta una función vital que fluye sobre la conducta del sujeto y sobre las relaciones humanas en general, que comprende diversas tendencias y expresiones del sexo y como es obvio ella [la sexualidad] no se reduce a los órganos genitales, por lo que, de las expresiones del sexo y de la sexualidad es que se asigna automáticamente la identidad sexual y la identidad personal, denotándose generalmente comportamientos masculinos o femeninos, que se materializan en roles, funciones, conductas, prácticas, saberes, sentimientos y emociones diferentes.

Es por ello que, la diferenciación entre varón y mujer, el derecho la ha resuelto de manera no traumática, pues la asignación del sexo legal se hacía y se hace en base a los genitales externos del p r vulo y en cuyo sustrato se encuentran los cromosomas, de forma tal que por lo menos en ese momento no existe duda del género al que pertenece el recién nacido, lo que en ocasiones queda contestado por el propio desarrollo biológico del sujeto, o por el desarrollo psicosocial del mismo. Empero, Fernández Sessarego y otros señalan, que desde un punto de vista científico se identifican hasta seis elementos, que en conjunto configuran el sexo de un sujeto, se precisan así: i) el dato cromosómico, ii) los caracteres sexuales gonádicos iii) los caracteres sexuales hormonales, iv) los elementos genitales, v) los elementos an ticos, vi) el elemento psicológico; siendo el caso que, el elemento psicológico ha tomado mayor relevancia en estos tiempos, y han

sido puestos de relieve en numerosos estudios doctrinarios [ver: Fernández Sessarego Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Edit. Astrea, Buenos Aires 1992; del mismo autor. Sexualidad, Bioética: La Problemática Actual del Transexualismo. En: Revista Peruana de Jurisprudencia, año 8, número 60/febrero 2006; del mismo autor: Aspectos Jurídicos de la Adecuación del Sexo. En: Revista Jurídica del Perú, año VI - N° 16, Julio-Septiembre de 1999. Edit. Normas Legales; Cifuentes Santos. Solución para el Pseudo hermafroditismo y la Transexualidad. En: Diálogo con la Jurisprudencia, año II/N° 3. Edit. Gaceta Jurídica; Lozano Villegas Germán. El Libre desarrollo de la Personalidad y Cambio de Sexo: El Transexualismo. En: http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/mesa_2/41_s.pdf; Arantza Campos. La Transexualidad y el derecho a la Identidad Sexual. En: http://www.transsexualitat.org/InfoTrans/Arantxa_Campos_Valencia_2001.pdf]. Si bien los cinco primeros elementos presuponen que el sujeto desarrollará un sexo de acuerdo a tales elementos constitutivos, sin embargo, el sexo psicológico no siempre está acorde a ellos, por lo que, la diferenciación preliminar resulta ser falible, tal como lo demuestra la existencia de estados de indefinición sexuales, entre los que se encuentra, el transexualismo, que resulta ser una contradicción entre el sexo biológico [cromosómico, gonádicos, hormonales, genitales y anatómicos], y el sexo psicológico, es decir, que la persona que teniendo un sexo biológico determinado, tiene sin embargo la convicción íntima y el deseo de pertenecer al sexo opuesto que lo vive intensamente, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica; y, mención aparte merece el hermafrodita que es el individuo que nace con los órganos genitales y reproductores de los dos sexos, la mayoría de las veces las dos partes se encuentran atrofiadas, como otro estado de indefinición sexual.

Siendo el caso que, del tenor de la demanda el justiciable xxxxxxxxx pretende el cambio de su identidad personal, a efecto de que se declare judicialmente su nueva condición, esto es. su nueva “identidad personal de mujer”, pero dicha pretensión se plantea, después que se le practicara la intervención quirúrgica para superar la disociación existente entre su configuración biológica y su perfil psicológico, lo que ciertamente supone una

adecuación morfológica para destruir tal disociación: resultando claro que, existió un consentimiento informado de parte del accionante para su tratamiento médico-quirúrgico, siendo una muestra palpable de ello la presente demanda, ocurriendo tal adecuación dentro del ejercicio de la plena libertad del justiciable de desarrollar su vivir según el sexo que concilie su decidida inclinación psicosomática, con aquel con el que se siente existencialmente identificado¹⁵, y es con la ayuda de la cirugía de carácter innovativo que el transexual consigue superar tal disociación, siendo la aspiración final de este que se le reconozca jurídicamente su nuevo estado en cuanto a su género y lograr el consiguiente cambio de sexo y de prenombre en los Registros del Estado Civil, es decir, vivir en concordancia con su identidad sexual y consiguientemente, de su verdadera y plena identidad personal en la medida que esta comprende a aquella¹⁶, Y esto último también es el cariz de la pretensión, en este extremo de la demanda.

Por otro lado, nuestra Constitución Política, establece que todos los ciudadanos tienen el derecho a la protección de su salud [artículo 7], siendo esta una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, siendo responsabilidad del Estado vigilar —entre otros— la salud física y mental, según lo establece la Ley General de Salud [Ley número 26842], y claro está dicha protección implica la protección del equilibrio psicofísico del sujeto; si ello es así, en este caso concreto, resulta relevante el proceso psicológico de la identidad sexual, habida cuenta que aquí, se produce una falta de identificación con su sexo cromosómico, el gonadal, hormonal, genital y anatómicos, desarrollando sentimiento íntimos de pertenencia al otro sexo, produciéndose un quiebre de su identidad sexual que se expresa en forma de disociación entre los factores biológicos o genéticos de su sexo y la realidad sexual psicosocial que vive y siente en sujeto, presentando la patología de lo incierto, del sexualmente inclasificable y ello lo descoloca anímicamente en la identidad que revela, lo que compromete hondamente su manera de ser, y es lo que también lo sume en un intolerable drama

¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1992.

¹⁶ Ibid. Ob, cit. Página 320.

existencial. Es por ello que, el bienestar psicofísico de este se vería turbado, si no se le reconoce su real identidad sexual.

SEXTO: En consecuencia, este órgano Ad quem estima que existen principios de rango constitucional que dan sustento y respaldan la pretensión del demandante, conforme al análisis efectuado líneas arriba, por lo que es perfectamente viable entrar al análisis del caso concreto, pero, atendiendo al principio de congruencia que es el que en definitiva delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones oportunamente aducidas¹⁷. Siendo el caso que, una de las pretensiones principales propuestas por el demandante, radica en: “el cambio de identidad personal del demandante N.N. de varón a mujer”, esto es, que el Estado Peruano le reconozca y declare su nueva identidad personal de mujer.

6.1. Que, a estos autos se ha incorporado válidamente como medio probatorio, las copias de las actuaciones judiciales habidas en la República XXXX, Aviso de Depósito de Sentencia, autoriza que NN, nacido en Lima (Perú) el XXXX, a someterse a tratamiento médico-quirúrgico de adaptación de sus propios caracteres sexuales a los caracteres sexuales femeninos, que están en idioma italiano [folios 16 a 241], las que se encuentran debidamente traducidas al idioma español y legalizadas [folios 25 a 421]; e inserto allí se encuentra la Sentencia de autorización respectiva en idioma italiano [folios 16 a 17], y que se encuentran debidamente traducida al idioma español y con la legalización correspondiente [folios 25 a 28] su fecha 30 de octubre del año dos mil uno, documento que conforme al artículo 2109 del Código Civil, produce en nuestro país el valor probatorio que se le reconoce a los instrumentos públicos, Sentencia donde se le autoriza a la accionante a “[...] someterse a tratamiento médico quirúrgico de adaptación de sus propias características sexuales a los caracteres

¹⁷DE VIS ECHANDÍA, Bernardo. *Teoría General del Proceso* - Tomo III. Editorial Universidad Buenos Aires, 1985. Página 533.

sexuales femeninos”, quien voluntariamente recurrió ante dicha autoridad jurisdiccional habiendo sido sometido al test de Rorschach¹⁸, de donde se concluye que “[...]sujeto de pensamiento bastante ordenado, de tipo deductivo, adherente al pensamiento colectivo [...] el test confirma substancialmente el buen nivel intelectual que ha resultado durante el examen psíquico y la orientación psicosexual de tipo femenino del sujeto, en coherencia con una diagnosis suya de transexualidad”, así mismo, en la mencionada Sentencia se da cuenta que, NN ha expresado “[...] su preocupación con respecto a su propio esquema corpóreo y el intento [...] a dar una imagen de sí mismo al femenino, habiéndose siempre orientado hacia una identificación del tipo femenino: la presencia de sus propios órganos genitales masculinos “ya los vive como una presencia insoportable”, y la “secuencia de las intervenciones quirúrgicas con la terapia hormonal femenina él las relata como una natural necesidad”(sic).

- 6.2. Del mismo modo, forman parte del referido proceso judicial el Certificado otorgado por el Profesor Carlo Trombeta, en idioma italiano [folios 18], debidamente traducido al idioma español [folios 29 a 30], su fecha 5 de septiembre del año dos mil tres, donde se precisa que, se ha realizado la conversión androgenoide (de varón a hembra), por lo tanto se ha proveído a la extirpación de los testículos y el pene, y crear una neovagina, por consiguiente: “Certifica que el paciente [Carlos Humberto NN] ha perdido en forma irreversible toda característica sexual masculina, adquiriendo las femeninas”; en el mismo sentido también informa el médico tratante de N.N., tal como aparece de las copias en idioma italiano [folios 19], y que se halla debidamente traducido al idioma español [folios 31 a 33], de noviembre del año dos mil tres; semejante información se puede extrae de su Historia Clínica que aparecen de las copias que obran en

¹⁸ El método Rorschach es el principal test de la personalidad dentro del campo de los test proyectivos. Analizando el modo en que un individuo organiza las manchas de tinta es posible conocer las principales características intelectuales, emocionales y del funcionamiento del YO.

auto en idioma italiano (folios 20), y que también se halla debidamente traducido al idioma español (folios 34 a 35).

- 6.3. Empero, especial mención requieren las “Consideraciones conclusivas de la Médico-Psiquiatra”, cuya copias en idioma italiano [folios 22], y que se halla debidamente traducido al idioma español [folios 29 a 40]; en cuanto refiere que la adaptación de los caracteres sexuales primarios, juntamente con las variaciones ya inducidas, aseguran el respeto a la voluntad de N.N., de llevar una vida de mujer, positiva y regular a todos los efectos, conforme a sus naturales inclinaciones; por lo que tal variación se fundamenta sobre válidos y razonables presupuestos de orden psicosexual y social, lo que le significa y asegura una mejor y más digna calidad de vida. A esto debe agregarse el contenido de la “declaración jurada” con Certificación notarial de su firma [folios 43] el que ha sido incorporado al proceso, donde NN de motu proprio señala que fue sometida a tratamiento médico-quirúrgico de adaptación de sus propios caracteres sexuales masculinos a los caracteres sexuales femeninos, lo que como es obvio, implica que ha existido un consentimiento informado para someterse a tal acto médico.
- 6.4. Por otro lado, el apoderado de la demandante, como anexos de la demanda [anexo uno-C y uno-E] presenta documentos que tienen relación con la identidad de su poderdante, el primero referido a la copia de la Libreta Electoral de tres cuerpos Número cero, seis, nueve, dos, seis, siete, cuatro y uno [06926741] que corre a fojas ocho y ocho-vuelta accionante, donde aparece que NN se inscribió en el Registro Electoral el diecinueve de octubre del mil novecientos ochenta y cuatro [19-10-1984], y el segundo es un Certificado de Inscripción en original, expedido por el REN1EC [para el otorgamiento de su Documento Nacional de Identidad], su fecha veinte de diciembre del año dos mil cuatro [20-12-2004] de folios diez; en ambos casos las fotografías que aparecen allí se denota que NN tiene

el aspecto físico característico de una mujer, y si nos referimos al tiempo en que ellos fueron expedidos, claramente se llega a la conclusión que esta en su vida social de relación y a lo largo del tiempo ha asumido el rol de una mujer por un lapso mayor a veinte años; a lo que se debe agregar que junto a las copias de las actuaciones judiciales existentes en la República XXX ya mencionadas, se ha presentado la copia de una toma fotografía (sic) de la demandante —no existe argumentos para concluir lo contrario—, donde nuevamente ella aparece con las características propias de una persona de sexo femenino. Más aún, si como en la sentencia ya aludida líneas arriba, se hace expresa mención, a que desde un punto de vista social y familiar N.N. se halla inserta en el mundo laboral como una mujer, y no solo eso, “[...] sino que inclusive ha alcanzado una completa integración en la relación de pareja, ya que desde hace varios años vive con un hombre, llevando también buenas relaciones con la familia de origen y con la hija de su compañero”.

- 6.5. Estando las cosas así, resulta claro que en la persona de N.N. se ha configurado el llamado síndrome del transexualismo, esto es que, desde un punto de vista genotípico y fenotípico es clasificado dentro de determinado sexo, pero, tiene conciencia de ser del sexo opuesto, de vivir de manera que lo hacen las personas del género contrario, teniendo un profundo sentimiento de pertenecer al otro sexo, efectuando el constructo psicosocial de su sexualidad en la sexualidad del sexo opuesto, esto es el femenino, expresando que sus genitales masculinos “los vive como una presencia insoportable”, denotando ellos un irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario y rechazo del propio; es por ello, que este busca afanosamente una solución adecuada para superar tal disociación, tal encrucijada existencial, al punto de someterse a una cirugía demoledora reconstructiva radical, que ciertamente pretende adecuar lo máximo posible a su sexo psicológico de mujer, al sexo existencialmente vivido por este. Empero, ello no logra en modo alguno modificar su conformación biológica, pues la supresión de las

características morfológicas del sexo masculino, no pasa de ser un acto médico-quirúrgico ejecutado en aras del libre desarrollo de la personalidad del demandante, y este sea socialmente considerado como una mujer; por lo tanto, resulta por demás obvio que N.N. no puede ser equiparado a una mujer, desde un punto de vista biológico.

6.6. Siendo ello así y estando a los medios probatorios glosados en las consideraciones que anteceden y teniendo en cuenta los argumentos expresados en los puntos cuatro, cinco y seis que también anteceden, este órgano Ad quem adquiere plena convicción que el reclamante, debe ser reconocido su nuevo estatus de mujer; esta decisión ciertamente implica el respeto a la plena libertad del justiciable de vivir su sexualidad tal como lo quiere y siente, y de esta forma desarrollar su personalidad obteniendo un equilibrio y bienestar psicológicos, con lo que se afirma su propia identidad personal en el sexo vivido, de forma tal que esta pueda llevar su vida social y familiar sin mayores complicaciones y satisfaga sus hondas expectativas existenciales; por lo tanto, desde esta perspectiva la pretensión planteada debe ser amparada atendiendo a los principios de rango constitucional, siendo que el derecho a su identidad personal requiere tutela jurídica y jurisdiccional adecuadas. Consecuentemente, la Sentencia materia de revisión debe ser revocada, de conformidad con las normas constitucionales anotadas.

6.7. Sin embargo, todo nuestro entramado jurídico desde los albores de nuestra independencia, pasando por el Código Civil de 1852, de 1936 y el vigente Código Civil de 1984 han sido estructurados teniendo en cuenta el sexo biológico de los ciudadanos y ciudadanas, de ahí que este último en su artículo 234 establece que, “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella [...]” y esta norma legal tiene base constitucional en el artículo 4 de la Carta Política, cuando allí se estipula que la comunidad y el Estado protegen a la familia y

promueven el matrimonio; siendo que la familia no es propiamente una creación jurídica, sino más bien una institución que se sustenta en datos y lazos biológicos; de allí que existen limitaciones de orden constitucional y legal que impiden que los transexuales puedan contraer matrimonio, por lo menos en el territorio de nuestra República. Empero se hace necesario precisar que, de la norma constitucional citada no es posible derivar un derecho fundamental al matrimonio, dado el matrimonio y la familia, en realidad son dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados, con una protección especial derivada precisamente de su consagración en el propio texto constitucional.

- 6.8. En consecuencia y estando a la segunda pretensión accesorio del petitorio de la demanda interpuesta, debe procederse a la rectificación, variación de la Partida de Nacimiento de N.N., que es la Partida de Nacimiento número XXXX expedida por el Registro Civil de la Municipalidad de Lima Metropolitana, su fecha XXXX, en el extremo que dice: “manifestó un varón”, debiendo decir: que su “condición es de mujer”, lo que se encuentra de acuerdo con la decisión que antecede.

SÉPTIMO: Así mismo, como otra pretensión principal se demanda la declaración judicial de cambio de sus nombres masculinos por femeninos, dice: “N.N.”, debiendo decir en adelante: “N.N.”, pretensión principal que tiene relación directa con su primera pretensión accesorio cuando allí señala que solicita “se rectifique el nombre [...] en su partida de nacimiento, ante el Registro Civil de la Municipalidad Lima Metropolitana”; por lo que se procederá a analizar estos extremos del petitorio.

- 7.1. La partida de nacimiento es el documento que acredita el hecho del nacimiento y por lo tanto, la existencia de una persona, siendo que para tal efecto se genera un asiento registral donde se consignan,

entre otros datos, el referido al sexo legal y el o los nombres de pila y patronímicos del recién nacido [artículo 44.a de la Ley número 26497], siendo esto último el modo de designar a una persona y tal designación permite individualizarla dentro de la masa de sus semejantes, la que resulta ser exclusiva de una persona determinada y es la que generalmente le adjudican sus padres al nacer, constituyéndose los patronímicos como el emblema propio de su identidad histórica; siendo esto así, el nombre también se constituyen como una vertiente más de la identidad personal del sujeto en cuanto proyección pública y social de su personalidad.

- 7.2. Empero, el o los nombres de pila o prenombrs resultan ser de libre elección generalmente realizado por los padres del recién nacido, y ellos se hallan ligados a la asignación del sexo legal que se le hace a este [varón - mujer] en base a los genitales externos del párvulo, habida cuenta que por lo menos en ese momento no existe duda del género al que pertenecería el vástago, siendo el caso que, el nombre de pila o prenombrs generalmente denotan el sexo del sujeto, de ahí que por el solo hecho de mencionar o escuchar el o los nombres de pila de un sujeto, se concluya que este es de uno u otro sexo. Sin embargo, como se ha sostenido líneas arriba hay sujetos que no siempre se desarrollaran de acuerdo a su sexo legal o biológico, sino que se desarrollará de acuerdo a su sexo psicológico, por lo que construirá su identidad sexual en función del sexo opuesto, del que tiene íntima convicción y que lo vive intensamente, esto es, se presenta una disociación entre su sexo biológico y su sexo psicológico.
- 7.3. En el presente caso este órgano Ad quem, ha estimado la demanda de NN en su pretensión de “cambio de identidad personal (...) de varón a mujer”, esto es, que se le reconozca y declare su nueva identidad personal de mujer, de forma tal que dicha persona desde la expedición de la presente sentencia debe ser considerada como una

mujer, sin más limitaciones en su capacidad que las impuestas por la ley; si ello es así, resulta obvio que tal reconocimiento también debe generar cambios o rectificaciones en sus nombre de pila o prenombrados, de forma tal que se evite la discordancia entre su nueva identidad personal de mujer y aquellos, que denotan directamente el sexo de un varón; pues como se señaló es también aspiración final del accionante que se le reconozca jurídicamente su nuevo estatus, no solo en cuanto a su género, sino también en cuanto a sus nombres de pila, vía el cambio de sus nombres.

- 7.4. Por otro lado, desde un punto de vista sustantivo, nuestro sistema jurídico prevé la circunstancia del cambio del nombre, específicamente en el artículo 29 del Código Civil y por el inciso m) del artículo 44 de la Ley número 26497 [Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC], según la cual tal cambio debe llevarse a cabo mediante un acto público, esto es, mediando una decisión judicial y siempre que existan motivos justificados para ello, por lo que, dicho extremo de la pretensión planteada también debe ser estimada; ello estando a lo expuesto en el considerando anterior, lo que ciertamente se constituye como un “motivo justificado” para amparar este extremo de la pretensión.
- 7.5. Siendo ello así y estando a la primera pretensión accesoria del petitorio de la demanda, debe procederse a la rectificación de la Partida de Nacimiento de N.N., que es la Partida de Nacimiento número XXXXJ, expedida por el Registro Civil de la Municipalidad de Lima Metropolitana, su fecha XXXXX, en cuanto al cambio de sus nombres masculinos por femeninos, que dice: “N.N.”, debiendo decir en adelante: ‘N.N.’, acción que debe ejecutarse en la Partida de Nacimiento ya mencionada. Por lo que, también debe revocarse la sentencia apelada en este extremo, y reformándola debe ser declarada fundada.

OCTAVO: Finalmente y como se ha señalado anteriormente, todo ciudadano tiene derecho a la protección de su salud, siendo ella una condición indispensable para su desarrollo y medio fundamental para alcanzar en bienestar individual y colectivo, y dicha protección implica la protección del equilibrio psicofísico del sujeto; siendo que en este caso concreto existía un quiebre de la identidad sexual del accionante [entre su configuración biológica y su perfil psicológico], resultaba atendible recurrir al acto médico-quirúrgico para destruir tal disociación, siendo que el objeto de ello ha sido contribuir a afirmar el sexo querido y sentido de una persona, una vez que con el transcurso del tiempo se ha logrado cierta precisión sexual, siendo evidente que tal acto médico se halla inspirado en cuestiones de orden médico-quirúrgicos y no otros; de ahí que, sostener que ello afecta el orden público resulta por decir lo menos inadecuado, pues tal acto no resulta en modo alguno incompatible con el orden jurídico que lo tutela.

RESOLUCIÓN;

Fundamentos por los cuales, **REVOCARON** la Sentencia expedida por resolución número nueve, su fecha, cinco de mayo del año dos mil seis y que corre de folios noventa y nueve a ciento seis, donde el órgano A quo **FALLA: DECLARANDO IMPROCEDENTE LA DEMANDA** de fojas cuarentiséis a cincuentidos, sobre cambio de nombre y de identidad; en los N.N. con el Ministerio Público, sobre cambio de nombre y otro; con lo demás que contiene; y **REFORMÁNDOLA DECLARARON FUNDADA LA DEMANDA** de fojas cuarentiseis a cincuentidos, interpuesta por N.N., sobre Declaración Judicial de Cambio de identidad y Cambio de Nombre; en los seguidos N.N. con el Ministerio Público; en consecuencia, al demandante se la debe ser considerada como mujer, y proceder- se al cambio de sus nombres de pila o prenombrados masculinos por femeninos, sin más limitaciones que la señalada en el considerando 6.7.) que antecede; por lo que **ORDENARON** que la Municipalidad de Lima Metropolitana, proceda al efectuar la rectificación, variación de la identidad sexual del demandante, en el extremo que dice: “manifestó un varón”, debiendo decir: que su “condición es de mujer”, en la Partida de Nacimiento número XXXX, que obra en el

Registro Civil de la Municipalidad de Lima Metropolitana, que corresponde al accionante; así mismo, ORDENARON que la Municipalidad de Lima Metropolitana, proceda al efectuar la rectificación de los nombres masculinos por femeninos, que dice: “N.N.”, debiendo decir en adelante: “N.N.”, en la Partida de Nacimiento número XX, expedida por el Registro Civil de la Municipalidad de Lima Metropolitana, que corresponde al accionante; efectuando las anotaciones marginales correspondiente en atención de los métodos de registración adecuados para el caso, debiéndose cursarse los partes judiciales correspondientes. En los autos seguidos por N.N., sobre Declaración Judicial de Cambio de Identidad y Cambio de Nombre con el Ministerio Público. Notifíquese y devuélvase.

S.S. TERREL CRISPIN; LÓPEZ VÁSQUEZ; ESPINOZA ORTIZ